



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCIANO RAMOS DE OLIVEIRA

**AS NORMAS MERCANTIS NA PERSPECTIVA DA DERROTABILIDADE:
UM ESTUDO ACERCA DA APLICAÇÃO PRINCIPOLÓGICA AO *STAY PERIOD*
DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA**

BRASÍLIA
2022

LUCIANO RAMOS DE OLIVEIRA

AS NORMAS MERCANTIS NA PERSPECTIVA DA DERROTABILIDADE:
UM ESTUDO ACERCA DA APLICAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA AO *STAY PERIOD*
DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: JOÃO COSTA-NETO

Brasília, 21 de setembro de 2022.

LUCIANO RAMOS DE OLIVEIRA

AS NORMAS MERCANTIS NA PERSPECTIVA DA DERROTABILIDADE:
UM ESTUDO ACERCA DA APLICAÇÃO PRINCIPOLÓGICA AO *STAY PERIOD*
DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

Aprovado em _____, de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. JOÃO COSTA-NETO
Universidade de Brasília

Prof. Dr. MARCELO VIEIRA VON ADAMEK
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO
UNISA - Universidade Santo Amaro

Prof. Dr. RICARDO JOSÉ NEGRÃO NOGUEIRA
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Para meus pais, Delma e Lúcio,
e meu irmão, Erickson.

AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas que me apoiaram na realização desta pesquisa acadêmica que tanto sonhei. Todas elas são dignas de extrema gratidão.

Mencionarei, em pequenas linhas, pessoas indispensáveis nessa trajetória, deixando de elencar inúmeros amigos não menos importantes, que compreenderam minha ausência e que também são muito caros para mim.

Agradeço minha noiva, Samara, pelo apoio incondicional, compreensão e parceria durante meu curso na Universidade de Brasília. Companheira incomparável.

Agradeço meus leais amigos Marco Alexandre de Oliveira Archanjo, Antônio Cláudio Santos da Rocha e João Guilherme Sarmiento, que não foram só compreensivos, mas solidários durante a jornada.

Minha gratidão ao Professor João Costa-Neto, que acreditou no projeto de pesquisa e que sempre expôs confiança na minha capacidade de desenvolvê-lo. Agradeço pelos conselhos, ensinamentos e fé depositada em mim. És uma pessoa diferenciada em todos os sentidos da vida e merece todo reconhecimento. João Costa-Neto, agradeço-lhe por sua orientação e parceria ao longo de todo o curso. Sem isso, eu não teria êxito na conclusão da pesquisa. Grato por tê-lo como orientador, eu não poderia estar em melhores mãos.

Aos professores da Universidade de Brasília, deixo meu agradecimento pelas experiências riquíssimas, as quais proveram um ambiente acadêmico inigualável.

Por fim, agradeço o sempre mestre e fiel amigo Fábio Lima Quintas, pessoa generosa e de caráter ímpar. Sua orientação foi marco em minha vida. Sempre serei grato.

RESUMO

OLIVEIRA, Luciano Ramos de. **As normas mercantis na perspectiva da derrotabilidade: um estudo acerca da aplicação principiológica ao *stay period* da lei de recuperação judicial e falência.** Brasília, 2022, 123f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FDUUnB.

Este trabalho tem por objeto analisar o § 4º, art. 6º da Lei n. 11.101 de 2005, Lei de Recuperação Judicial, que trata da improrrogabilidade do prazo do *stay period*, e o art. 47 da mesma lei, que dispõe sobre a preservação da empresa. Do ponto de vista teórico, seus conteúdos refletem, respectivamente, uma regra e um princípio, categorias jurídicas de natureza normativa, cujas características gerais são distintas: mais concreta e prescritiva; mais abstrata e sentido amplo. A problemática que motivou a pesquisa diz respeito a decisões do Superior Tribunal de Justiça, pautadas no princípio do art. 47, em detrimento da determinação do § 4º, art. 6º. O caso ensejou os seguintes questionamentos-problemas: pode a regra empresarial pormenorizada ter seus efeitos alterados pelo julgador no momento de sua aplicação? Quais casos podem ter a aplicação da regra flexibilizada pelo julgador, a ponto de substituí-la por uma aplicação principiológica? No Direito Mercantil, ante a segurança jurídica exigida para o bom tráfego econômico, como utilizar diretivas abstratas ou amplas? O objetivo geral do estudo é verificar, do ponto de vista teórico e jusfilosófico, como pode ser definida a decisão do Superior Tribunal de Justiça que autorizou, no Conflito de Competência n. 79.170/SP, a prorrogação do *stay period* com base em um princípio, desconsiderando a regra pormenorizada. Para tanto, descreveu-se o Direito Mercantil de forma a enfatizar, historicamente, a busca por sua dignidade e autonomia, importantes para delimitar a análise proposta ao âmbito de suas peculiaridades, e o Direito Falimentar nacional foi caracterizado na perspectiva do Direito Comparado. Regra e princípios foram abordados teoricamente para melhor subsidiar o caminho trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça em suas decisões, e o *stay period* foi visto no contexto da escola positivista, com foco discursivo em posições utilitaristas, conservadoras e descritivas. A discricionariedade judicial e a aplicação de normas mercantis foram discutidas na perspectiva da teoria do Direito, e a aplicação da regra mercantil específica foi apresentada em experiências internacional e brasileira. A pesquisa foi bibliográfica e documental, e a conclusão foi de que as decisões do Superior Tribunal de Justiça não resultaram de exercício interpretativo, mas sim, na prática, da criação de uma regra com base em um princípio, embora não se tenha observado a condição e a circunstância dos casos.

Palavras-chave: Lei n. 11.101, de 2005. *Stay period*. Regra e princípios. Direito Mercantil. Direito Falimentar.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Luciano Ramos de. **Commercial rules from a defeasibility perspective: a study on the application of principles to the stay period of the judicial reorganization law.** Brasília, 2022, 123f. Dissertation (Master) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FDUUnB.

The purpose of this work is to analyze paragraph 4, article 6 of Law 11.101/2005, the Brazilian Bankruptcy Law. The article under analysis deals with the non-extendability of the stay period. Article 47 of the same legal statute provides for the preservation of the company. From a theoretical point of view, their contents reflect, respectively, a rule and a principle, both legal categories of a normative nature, whose general characteristics are distinct: on one hand, rules are concrete and prescriptive; on the other, principles are abstract and have a broader meaning. The research was motivated by recent rulings by the Superior Court of Justice based on the principle of art. 47, to the detriment of the determination of § 4, art. 6. The cases gave rise to the following issues: can the detailed business rule have its effects altered by the judge at the time of its application? Which cases may have the application of the rule made more flexible by the judge, to the point of replacing it by a principle-based application? In Commercial Law, given the legal security required for good economic organization, how can abstract or broad directives be used? The general objective of the study is to verify, from a theoretical and jusphilosophical point of view, how the decision of the Superior Court of Justice that authorized, in Jurisdiction Conflict no. 79.170/SP, the extension of the stay period based on a principle, disregarding the detailed rule, can be defined. For this purpose, Commercial Law was described in order to emphasize, historically, the search for its autonomy, which is essential to circumscribe the proposed analysis to its peculiarities. The Brazilian Bankruptcy Law was characterized from the perspective of Comparative Law. Rules and principles were approached theoretically to better subsidize the path followed by the Superior Court of Justice in its rulings, and the stay period was seen in the context of the positivist school, with a focus on utilitarian, conservative and descriptive positions. Judicial discretion and the application of mercantile rules were discussed from the perspective of legal theory, and the application of the specific mercantile rule was presented both in the global and Brazilian experiences. The research was bibliographic and documentary, and the conclusion was that the rulings of the Superior Court of Justice did not result from legal interpretation but rather from the creation of a rule based on a principle, although overlooking the conditions and circumstances of the cases.

Keywords: Stay period. Jurisprudence. Defeasibility. Mercantile rule. Dignity of legislation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS DO DIREITO MERCANTIL.....	13
2 TRAJETO DO DIREITO FALIMENTAR ATÉ O IDEÁRIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: EXPERIÊNCIAS ESTADUNIDENSE E BRASILEIRA	24
2.1 Breve histórico do Direito Falimentar estadunidense.....	24
2.2 Formatação do Direito Falimentar brasileiro e o nascedouro da preservação da empresa	36
2.3 Convergência entre os sistemas estadunidense e brasileiro sobre a regra do <i>stay period</i> : breve paralelo	43
3 CAMINHO PRINCIPOLÓGICO ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOUTRINA POSITIVISTA.....	47
3.1 Das regras e dos princípios.....	47
3.2 O <i>stay period</i> e a decisão do Superior Tribunal de Justiça: tensão teórica e desdobramentos práticos	50
4 A PRIMAZIA DA REGRA NA ESCOLA POSITIVISTA E A PRORROGAÇÃO DO <i>STAY PERIOD</i>	62
4.1 Função da regra no sistema jurídico positivista e teorias de JEREMY BENTHAM e de JOHN AUSTIN	62
4.2 H.L.A Hart, Frederick Schauer, Joseph Raz e a função da regra.....	67
4.2.1 A regra em H.L.A Hart.....	68
4.2.2 A regra segundo Frederick Schauer	70
4.2.3 Regra e autoridade do sistema jurídico em Joseph Raz.....	73
4.3 Noções de derrotabilidade das regras	78
5 A NÃO APLICAÇÃO DA REGRA DO <i>STAY PERIOD</i> PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E CONTRAPONTOS	79
5.1 Superior Tribunal de Justiça: derrotabilidade da regra ou discricionariedade	79
5.2 Suprema Corte dos Estados Unidos e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: manejo da regra mercantil específica.....	94
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

Até a criação da Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, em vigor, consolidou-se, em alguns tribunais de justiça, a aplicação do princípio da preservação da empresa, baseado nas respectivas funções social e econômica (art. 47 da Lei n. 11.101/2005), em prejuízo do *stay period* (art. 6º, § 4º, da mesma Lei), isso sem maiores esforços interpretativos. Os tribunais valem-se, tão somente, dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que permitiram a prorrogação com base nesse princípio.

O referido art. 6, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 – antes da Lei n. 14.112/2020, que a altera – dispunha que o *stay period*, em “hipótese nenhuma”, excederia o prazo “improrrogável” de 180 dias. Já o art. 47 estabelecia (e não foi alterado) a própria finalidade da recuperação judicial, que é viabilizar a superação da crise empresarial a fim de manter a empresa no mercado como supridora de necessidades da população e fonte de emprego, estimulando ainda a economia. A nova lei autorizou a prorrogação das suspensões e proibições pelo Poder Judiciário uma única vez e em caráter excepcional.

O tema deste trabalho tem como escopo a Lei n. 11.101, de 2005 – Lei de Recuperação Judicial –, delimitada às normas de seus arts. 6º, § 4º, e 47. Pontualmente, a problemática que ensejou a pesquisa foi a citada decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Conflito de Competência n. 79.170/SP (Caso Viação Aérea São Paulo – VASP), ao conceder a prorrogação do *stay period* com base no princípio da manutenção da empresa (art. 47), em detrimento da aplicação da norma taxativa que dispõe sobre a improrrogabilidade desse período (art. 6º, § 4º).

O enfoque nessa lei se justifica porque, apesar da alteração desse art. 6º, § 4º, promovida pela Lei n. 14.112, de 2020, a controvérsia sobre a prorrogação do *stay period* na Lei de Recuperação Judicial remanesce. Ou seja, a nova legislação apenas aparentemente pacificou a controvérsia jurisprudencial com a “concessão” da prorrogação do período de represamento das ações judiciais, haja vista ter reacendido o debate sobre os limites da “criação” de regra pelo Poder Judiciário, em situações em que nenhum preceito define uma solução adequada (*hard*

*cases*¹ ou vagueza na linguagem empregada)² ou em problemas de "penumbra",³ principalmente quando a nova legislação permite a prorrogação do *stay period* “por igual período, uma única vez, em caráter excepcional” — conceito jurídico indeterminado.⁴

Nesse sentido, não se ignorou na pesquisa que há incertezas intrínsecas tanto ao Direito, cujas normas nem sempre conseguem abarcar a totalidade das condições e situações a que se refere, como à linguagem, por seu aspecto polissêmico.

A decisão Superior Tribunal de Justiça, em si, dentro do Direito Mercantil, estende as discussões a patamares teóricos e jusfilosóficos, na medida em que questionamentos de várias ordens foram suscitados, perpassando temas como discricionariedade, derrotabilidade da regra e jurisdição. Também tem efeitos pragmáticos, já que o precedente foi seguido em julgamentos outros, independentemente das condições do caso concreto.

Nesse contexto amplo, as questões que norteiam esta pesquisa são: a regra empresarial pormenorizada pode ter seus efeitos alterados pelo julgador no momento de sua aplicação? Em que casos o julgador pode flexibilizar a aplicação dessa regra, a ponto de substituir seu comando pela aplicação principiológica? No Direito Mercantil, a segurança jurídica exigida para o bom tráfego econômico repele diretivas estatais (incluindo o Estado-juiz) vagas ou abstratas em demasia? Até que ponto pode o julgador afastar ou substituir razões e regras do legislador ou mitigar regra posta e detalhada e dar lugar a razões morais (princípios)?

Estritamente, buscar-se-á responder ao seguinte problema: como se pode definir a decisão do Superior Tribunal de Justiça que autorizou, no Conflito de Competência n. 79.170/SP, a prorrogação do *stay period* com base em um princípio, desconsiderando a regra pormenorizada?

O objetivo geral da pesquisa é verificar, do ponto de vista teórico e jusfilosófico, como pode ser definida a decisão do Superior Tribunal de Justiça que autorizou, no Conflito de Competência n. 79.170/SP, a prorrogação do *stay period* com base em um princípio, desconsiderando a regra pormenorizada.

¹ DWORKIN, Ronald. Hard cases. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, abr. 1975. Em maior extensão: DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963; cf.: SPELLMAN, Barbara A.; SCHAUER, Frederick. Legal reasoning. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*, n. 2012-09, p. 1-48, fev. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2000788>. Acesso em: 9 abr. 2022. NOEL STRUCHINER discorre: "Os casos fronteiros são os casos nos quais não conseguimos determinar com segurança se o conceito deve ou não ser aplicado". (STRUCHINER, Noel; MARCONDES, Danilo. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. p. 98, p. 105)

² MARMOR, Andrei. *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*. New York: Springer, 2011. v. 11. p. 138-140.

³ HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, p. 529-593, 1958.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107. Cf.: NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

Os objetivos específicos são: descrever os fundamentos do Direito Mercantil como regulador próprio da atividade humana de produção de mercadorias e de circulação de bens voltados para o mercado; caracterizar o princípio de preservação da empresa relativamente ao ideário de sua recuperação econômica e no contexto do Direito Falimentar; analisar o caminho da decisão principiológica do Superior Tribunal de Justiça frente ao positivismo jurídico; discutir a função da regra no positivismo jurídico, à luz de teorias diversas; analisar a não aplicação da regra pelo Superior de Justiça na perspectiva da derrotabilidade e da discricionariedade.

O tema é relevante, primeiramente, por levantar um panorama crítico da Teoria do Direito acerca das regras e dos princípios, além da discricionariedade judicial e da aplicação de regras mercantis. Depois, porque o caso concreto sob análise tem levado a decisões similares, sem maiores aprofundamentos das condições particulares, do que se pode inferir, na continuidade, uma sobrelevação de decisões de cunho mais econômico do que jurídico, com prejuízos para a segurança jurídica e desmerecimento dos fundamentos do Direito Mercantil.

Metodologicamente, a pesquisa é bibliográfica e documental, tendo-se consultado, para tanto, respectivamente, publicações nacionais e internacionais sobre os temas suscitados pelo caso enfocado e documentos jurisprudenciais que demonstram a visão da problemática em tribunais do país.

Juridicamente, o estudo se insere na perspectiva do Direito Comparado Brasil e Estados Unidos mais especificamente e, de modo mais amplo, há referência a sistemas jurídicos europeus, no que concerne às regras falimentares.

O desenvolvimento do trabalho se dá em cinco capítulos: no primeiro, apresentam-se os fundamentos históricos e teóricos do Direito Mercantil, destacando-se a busca por sua dignidade científica e pela autonomia frente ao Direito em geral, bem como sua posição perante a Economia, por sua especificidade e relação com essa.

No segundo, aborda-se a preservação da empresa como princípio econômico e social, dada sua representatividade para o mercado e suprimento das necessidades humanas.

No terceiro, discute-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n. 79.170/SP, à luz dos pressupostos e da tensão teórica entre regra e princípio e da escola positivista.

No quarto, caracteriza-se a função da regra com base em teorias positivistas, distinguindo-se seu papel em relação às condições do caso concreto e diante do que pode advir dessas. No quinto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n. 79.170/SP é analisada do ponto de vista da regra e do princípio, da derrotabilidade da norma e da discricionariedade do julgador, e comparada a decisões similares no Brasil, e também contrárias, no Brasil e nos Estados Unidos.

1 PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS DO DIREITO MERCANTIL

Visualizar a legislação mercantil como interventora e fomentadora do desenvolvimento econômico e social impõe observar seu objetivo de criar condições necessárias para que situações de crise econômico-financeira sejam solucionadas de forma previsível, transparente e célere, como assevera PAULO ROBERTO COLOMBO ARNOLDI.⁵

Nessa condição, pela maior peculiaridade desse ramo do Direito em relação aos demais, urge que se dote o Direito Mercantil de relativa autonomia – já que, para prever e reger situações empíricas peculiares, há de se ter alguma independência jurídica sem se desprender da estrutura geral do Direito – e de dignidade científica –, uma vez que a maior parte dos estudos se volta para análises casuísticas ou apenas práticas, isto é, não aprofundadas quanto às concepções normativas.⁶

1.1 Aspectos propedêuticos

O Direito Mercantil surgiu da necessidade histórica de se regular, de forma especial, o comportamento comercial de agentes econômicos, cujos atos divergiam das necessidades amparadas pelo Direito comum.⁷

Segundo CASSIO CAVALLI, especificamente, o tema “empresa” teve origem e se desenvolveu dentro do Direito Mercantil, e ainda que haja, atualmente, vários ramos do Direito disciplinando-a, a “empresa pertence à tradição do Direito Comercial, atualmente denominado Direito da Empresa”.⁸ Na literatura jurídica, destaca-se esse Direito como um ramo do Direito em geral, o qual pode ser compreendido com base em sua evolução histórica, noção “herdada” de uma teorização de Levin Goldschmidt no XIX. Sua tese foi a de que o Direito Mercantil é

⁵ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Teoria geral do direito comercial: introdução à teoria da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 16. “A razão para se afirmar que o direito comercial é uma ciência jurídica autônoma encontra-se no fato de que ele apresenta institutos característicos, peculiares à vida comercial, incapazes de ser regidos pelo direito comum, como as sociedades mercantis, a falência, a concordata e os títulos de crédito”. (ARMANI, Wagner José Penereiro; FERREIRA, Rodrigo Eduardo; JOVETTA, Diogo Cressoni. *Direito comercial: teoria geral da empresa e direito das sociedades*. 3. ed. Campinas: AFJ, 2022. v.1. p. 30).

⁶ CHAVES, Vinicius Figueiredo. Em busca da dignidade científica do direito comercial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 5, n. 2, p.77-97, 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php>. Acesso em: 20 jul. 2022.

⁷ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Teoria geral do direito comercial: introdução à teoria da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁸ CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 48-53.

“uma categoria especial do direito privado que se formou mediante a adaptação das normas do Direito civil em razão das necessidades econômicas decorrentes do renascimento comercial no medievo italiano”. Seu significado deve ser absorvido segundo o “significado histórico de seus institutos”. Na historiografia do século XX, preponderou a tese do Direito Mercantil “em contraposição ao *jus civile*”.⁹

WAGNER JOSÉ PENEREIRO ARMANI *et al* definem Direito Mercantil como o ramo do Direito regulador das relações jurídicas associadas aos agentes econômicos, aos efeitos jurídicos das respectivas atuações e às atividades empresariais. Regula, portanto, as atividades voltadas economicamente ao suprimento das necessidades do mercado. Já o Direito Civil “regula relações jurídicas referentes à família, à sucessão, ao estado da pessoa e as obrigações sob a óptica individualista”.¹⁰

Com essa diferença, na renovação e na modelagem do novo Direito, dever-se-iam observar imperativos econômicos. Na relação entre Direito e Economia, o conteúdo do Direito Mercantil é “essencialmente econômico”, fato que orienta sua percepção como um “ramo do Direito que regula a atividade humana voltada para a produção ou para a circulação de riquezas dirigidas ao mercado”.¹¹

E nesse contexto, para interpretar os institutos jurídicos do ponto de vista de sua instrumentalidade quanto às funções econômicas, com ênfase na relação entre Direito e Economia, o intérprete sempre deve estar atento à “função econômica dos institutos jurídicos”. O Direito deve ser associado à realidade econômica, a fim de se poder compreender a estrutura não só do instituto jurídico, como também sua função econômica efetiva.¹²

⁹ CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 48.

¹⁰ ARMANI, Wagner José Penereiro; FERREIRA, Rodrigo Eduardo; JOVETTA, Diogo Cressoni. *Direito comercial: teoria geral da empresa e direito das sociedades*. 3. ed. Campinas: AFJ, 2022. v. 1. p. 30.

¹¹ BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, p. 415-434, 1973. p. 416.

¹² CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 211.

Não será possível compreender um instituto jurídico, valorá-lo criticamente e utilizá-lo como instrumento de solução de conflitos, sem levar-se em consideração as funções típica e real desempenhadas por este instituto [...]. Na estrutura de todo instituto jurídico podemos identificar elementos distintos que no seu conjunto asseguram o seu equilíbrio, uns projetados para permitir o desempenho da função, outros orientados a evitar os abusos ou os inconvenientes. A perfeição técnica de um instituto jurídico repousa exatamente na facilidade com a qual, com um mínimo de inconvenientes, pode alcançar o máximo de resultados, isto é, a importância final dos seus efeitos, julgados benéficos quando confrontados com o seu custo social.¹³

Nessa perspectiva e de forma ampla, tenta-se atribuir ao Direito Mercantil um sentido menos passivo, menos observador – em relação à Economia – e mais ativo, que conforme os requisitos de natureza econômica com os valores fundamentais que o Direito tem de preservar.¹⁴

É nesse escopo que atualmente se busca desenvolver, justificar e empreender a dignidade científica e a autonomia do Direito Mercantil.

1.2 Autonomia e dignidade científica do Direito Mercantil

A razão para se verificar se o Direito Mercantil é autônomo é o fato de ele apresentar institutos característicos e peculiares à vida comercial, diferentes dos amparados pelo Direito comum, como já referido.

A pretendida autonomia do Direito Mercantil, comercial ou empresarial¹⁵ é debatida no âmbito da doutrina nacional sob diversos pontos de vista, o que suscita sua subdivisão em tipos, como autonomia didática, autonomia formal e outros.

Nessa perspectiva, são muitos os estudos acerca da separação necessária entre as matérias de cunho eminentemente mercantil e as regras estatuídas no Código Civil de 2002,¹⁶

¹³ Idem, *ibidem*.

¹⁴ BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, p. 415-434, 1973.

¹⁵ Apesar da divergência acerca dos conceitos, a pesquisa utilizará os termos “comercial”, “empresarial” e “mercantil” como sinônimos do mesmo ramo do direito.

¹⁶ “Por outro lado, como o ordenamento brasileiro adota a interpretação e análise principiológica frente ao caso concreto ou enquanto norma basilar para melhor compreensão e interpretação da letra da lei, os institutos comerciais acabam muitas vezes afeitos aos princípios próprios do Direito Civil”. (FARIA, Marina Zava de. *A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do direito comercial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 155). Cf.: MALCHER FILHO, Clóvis Cunha da Gama. A autonomia do direito privado e a necessidade de um novo código comercial: a abrangência do anteprojeto. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. *Novas reflexões sobre o projeto de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73-85. Nesse sentido: “A inclusão no Código Civil de um livro inteiro dispendo sobre o Direito de Empresa, que causou a revogação parcial do Código Comercial de 1850, e que antes regulava o que hoje se encontra, primordialmente, sob a égide do Código Civil, não significa que o Direito Comercial deixou de existir ou que

bem como são bastantes as discussões sobre a necessidade ou não de se propor um Código comercial que dê conta das peculiaridades do Direito Mercantil, sem sofrer, na prática, influxos diretos das normas civilistas.

Não se busca defender a independência do Direito Mercantil na perspectiva de uma liberdade ilimitada, isolacionista e sem controle,¹⁷ mas sim da autonomia como liberdade limitada por certos “preceitos básicos que devem ser seguidos”¹⁸, entendidos como uma construção de bases científicas e doutrinárias próprias e com formulação de princípios e normas igualmente próprios.¹⁹

O que se busca é abordar o Direito Mercantil como ramo do Direito a ser estudado de modo científico, quando isolado de outros ramos com os quais poderia se comunicar. Essa visão permite separar seu conteúdo da matéria dos demais ramos, na medida em que ele concatena suas bases estruturais e seus princípios com as necessidades da realidade, sem estar necessariamente dependente, em suas peculiaridades, de influxos normativos de outros ramos²⁰.

Por esse ponto de vista, ALFREDO ROCCO²¹ propõe que a autonomia de uma ciência (*scienza*) não se confunde com seu isolamento. Assim, para que seja possível considerar-se um “corpo de doutrina” (*corpo di dottrine*) em si, autônomo, ele deve, necessariamente: i) apresentar um substrato doutrinário “vasto o suficiente” para suportar estudos particulares e específicos; ii) conter “doutrinas homogêneas”, determinadas “por conceitos comuns gerais,

passou a ser um apenso do Direito Civil. Em termos de ciência jurídica, a diferença entre as duas áreas continua grande e bem delimitada pelos princípios que as norteiam”. (ARMANI, Wagner José Penereiro; FERREIRA, Rodrigo Eduardo; JOVETTA, Diogo Cressoni. *Direito comercial: teoria geral da empresa e direito das sociedades*. 3. ed. Campinas: AFJ, 2022. v. 1. p. 30)

¹⁷ FARIA, Marina Zava de. *A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do direito comercial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 121.

¹⁸ FARIA, Marina Zava de. *A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do direito comercial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 121.

¹⁹ FARIA, Marina Zava de. *A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do direito comercial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 124.

²⁰ FARIA, Marina Zava de. *A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do direito comercial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 127.

²¹ “Egli è che l'autonomia di una scienza non deve confondersi con la sua indipendenza o, meglio, col suo isolamaneto. Perechè un corpo di dottrine abbia ragione di esistere e di essere considerato come scienza autonoma è necessario e sufficiente: 1° che esso sai abbastanza vasto da meritare uno studio apposito e particolare; 2° che esso contenga dottrine omogenee, dominate da concetti genreali comuni e distinti dai concetti generali informativi di altre discipline; 3° che possesga un metodo proprio, ossia che adoperi procediment speciali per la conoscenza delle verità, che costituiscono l'oggetto delle sue indagini”. (ROCCO, Alfredo. *Principii di diritto commerciale: parte generale*. Torino: Unione Tipografico-editrice torinese, 1928. p. 76). Tradução livre: “Ele é que a autonomia de uma ciência não deve ser confundida com sua independência ou, melhor ainda, com seu isolamento. Para que um corpo de doutrinas tenha razão de existir e seja considerado uma ciência autônoma é necessário e suficiente: 1° que você saiba que é vasto o suficiente para merecer um estudo específico e particular; 2° que contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos informativos gerais de outras disciplinas; 3° que possua método próprio, ou seja, que utilize procedimentos especiais para o conhecimento das verdades, que constituem o objeto de suas investigações”.

distintos dos conceitos informativos gerais de outras disciplinas”; iii) incluir um método de investigação próprio, com procedimentos específicos que propiciem conhecer a realidade foco de análise.²²

Para ROCCO,²³ se não for necessário recorrer à extensão analógica das regras do Direito Mercantil, se houver lacuna nas regras correspondentes do Direito Civil e se, portanto, necessariamente, negar-se a existência dos princípios gerais próprios do Direito Mercantil, também será necessariamente negado, ao estudo desse Direito, todo o sentido de unidade orgânica e sistêmica e, portanto, todo caráter de ciência autônoma.

ALFREDO ROCCO, em seu trabalho de 1928, aponta discussões que vigoram na doutrina brasileira. Ele acredita ser possível o Direito Mercantil sofrer influências de outro ramo do Direito (*e.g.* Direito Civil) por extensão analógica. Esse autor comercialista também propugna a existência de princípios gerais do Direito Mercantil, ou seja, de regras gerais válidas para todos apenas no domínio comercial, bem como que esse Direito, “apesar da sua inegável fragmentação, presta-se a um estudo sistemático, podendo, portanto, o seu conhecimento dar origem a uma ciência autônoma, a ciência do Direito comercial”.²⁴

Além disso, ROCCO esboça uma confluência entre o Direito Comercial e o Direito Processual. De acordo com ele, as relações dessa confluência não consistem apenas na usual e importante conexão que há entre os aspectos material e processual desses Direitos. Os interesses, cuja proteção o Direito Material estabelece, encontram os meios para sua efetiva realização no Direito Processual,²⁵ exercendo aquele “influência continuada” sobre o julgamento. É que, segundo esse autor, o Direito Comercial é, principalmente, Direito Material

²² “Autonomia scientifica non è isolamento scientifico; ogniscienza ha rapporti di connessione con altre scienze, e strettissimi rapporti di tal genere ha la scienza del diritto commerciale”. Ibidem, p. 77. Tradução livre: “Autonomia científica não é isolamento científico; cada conhecimento tem relações de conexão com outras ciências, e a ciência do direito comercial tem relações muito estreitas desse tipo”.

²³ “se, ad esempio, come credono taluni scrittori (1), non si deve ricorrere, all'estensione analogica delle norme di diritto commerciale, se son in presenza di una lacuna anche nelle corrispondenti norme del diritto civile, e se perciò, necessariamente, si nega l'esistenza dei principi generali proprî al solo diritto commerciale (perchè in tal modo il campo stesso dell'estensione analogica delle norme di diritto commerciale verrebbe ad essere enormemente ristretto e quasi annullato) (2), si viene necessariamente a negare anche allo studio del diritto commerciale ogni unità organica e sistemica, e quindi ogni carattere di scienza autonoma”. Ibidem, p. 80.

²⁴ “Ma, come pur vedremo in appresso, noi non crediamo che i rapporti fra diritto civile e diritto commerciale debbano condurre ad escludere praticamente l'estensione analogica del campo del diritto commerciale propriamente dito. [...] Crediamo quindi all'esistenza di principî generali di diritto commerciale ossia di norme generali valevoli per tutto e solo il campo della materia commerciale, e crediamo altresì che il diritto commerciale, malgrado la sua innegabile frammentarietà, si presti ad uno studio organico e sistematico, e possa quindi la sua conoscenza dar luogo ad una scienza autonoma, la scienza del diritto commerciale”. Idem. Ibidem.

²⁵ “Questi rapporti non consistono solo nella consueta e importantissima connessione, che vi è sempre fra diritto materiale e diritto processuale, in quanto che gli interessi, di cui il diritto materiale stabilisce la tutela, trovano, poi nel diritto processuale i mezzi per la loro effettiva realizzazione ad opera dello Stato; donde l'influeza continua che sercita il diritto matariale sul processo il processo sul diritto materiale”. Ibidem, p. 82.

privado,²⁶ logo, também contém muitas regras de Direito Processual. Para confirmar tal argumento, lembra que todas as disposições sobre falência são quase exclusivamente regras processuais. Inclusive, elas integram todo o terceiro livro e muitas das disposições do quarto livro do Código comercial italiano, destinado a regular o exercício das ações comerciais.²⁷

Portanto, da noção de uma liberdade limitada e da necessidade de um estudo sistemático do Direito Mercantil, é possível se extrair, tanto pelas peculiaridades práticas desse Direito quanto pelos debates doutrinários referidos, um “ponto ótimo” da autonomia do Direito Mercantil. Esse ponto deve conferir a ele, ao mesmo tempo, respeitabilidade à sua dinâmica e previsibilidade frente aos anseios²⁸ dos agentes econômicos que manejam as normas de natureza mercantil.

No Brasil, o reconhecimento da autonomia didática²⁹ do Direito Mercantil não tem sido alvo de grandes preocupações, a despeito de tal autonomia já ser verificável em alguns estudos e em lições de OSCAR BARRETO FILHO, no artigo intitulado “A dignidade do Direito Mercantil”.³⁰, no qual o autor projeta, entre outras, as seguintes problemáticas: i) “a crise do Direito contemporâneo”; ii) “direito e economia”; iii) “um novo conceito do Direito Mercantil”.³¹

Sobre a “crise do Direito contemporâneo”, BARRETO FILHO afirma tratar-se de um truísmo, haja vista a apregoada “necessidade de revisão de conceitos tradicionais, visando sua melhor adequação à realidade social”. Isso, pelo fato de os valores fundamentais da cultura e, “consequentemente, da ordem jurídica” virem sendo “continuamente submetidos a processo crítico”.³²

²⁶ Não se aspira na pesquisa intrigar os debates processuais sobre a natureza publicista do processo. Para tanto, cf.: GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. n. 164, p. 29-56, out. 2008.

²⁷ “*Per il diritto commerciale vi è qualche cosa di più, derivante dal fatto che il diritto commerciale, se, prevalentemente, è diritto privato materiale, contiene anche moltissime norme di diritto processuale. Basta ricordare tutte le disposizioni sul fallimento, che sono quasi esclusivamente norme di carattere processuale, e costituiscono l'intero libro terzo del codice di commercio, e molte delle norme del libro quarto, destinate a regolare l'esercizio delle azioni commerciali*”. (ROCCO, Alfredo. *Principii di diritto commerciale: parte generale*. Torino: Unione Tipografico-editrice torinese, 1928. p. 82).

²⁸ CUBEIRO, Manuel Torres. *Niklas Luhmann*. Coruña: Baía Pensamento, 2008.

²⁹ “A princípio é importante tratar sobre autonomia didática, sendo aquela que trata da separação entre as disciplinas, de modo que a matéria em voga naquele ramo concentra em si características próprias que lhe permite ser estudada e integrada distintamente nas grades curriculares dos diversos cursos de ensino superior desenvolvidos no país, seja em graduações ou pós graduações”. (FARIA, Marina Zava de. *A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do direito comercial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 109)

³⁰ BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, p. 415-434, 1973.

³¹ Não se ignora a relevância dos demais temas expostos por Oscar Barreto Filho, mas, para fins didáticos e pertinência com o objeto da pesquisa, elencam-se os quatro tópicos acima mencionados.

³² BARRETO FILHO, Oscar. op.cit., p.11.

Nessa perspectiva de crise, o Direito necessitaria de uma renovação que, a um só tempo, pudesse convidar o “espírito humano”, a par de fatores éticos, políticos e sociais, e as necessidades “econômicas inelutáveis”. Dessa forma, no “*processus* da experiência jurídica”, afirmar-se-ia ainda mais a concepção humanística do Direito como um valor-fonte dos demais valores, sem que com isso houvesse o extremo de se reduzir a pessoa humana ao simples *homo economicus* – determinado por seu valor do “útil”. Também sem implicar o desconhecimento que o “fator utilitário desempenha na organização da vida social”.³³

Daí a importância de se conciliarem, deontologicamente, as exigências da técnica econômica com valores fundamentais do Direito, a exemplo dos valores humanos, podendo-se estender essa conciliação à função social da propriedade. Tal conciliação, segundo BARRETO FILHO, expressa a plenitude da dignidade científica do Direito Mercantil.³⁴

Na problemática “Direito e Economia”, BARRETO FILHO explica a correlação entre os respectivos sistemas por meio da doutrina de RUDOLPH STAMMLER³⁵ e da doutrina chamada por ele de empirista, como a de CESARE VIVANTE. Nas lições de STAMMLER, o Direito é uma forma universal da experiência social, cujo conteúdo é econômico,³⁶ no sentido de que a economia “dá o conteúdo àquilo que é formalmente jurídico” e reduz a experiência jurídica a um reflexo da ordem econômica. Já segundo a doutrina dos empiristas, em contraponto, BARRETO FILHO assevera que, comparando fatos particulares entre si, os juristas estabeleceriam leis “para, afinal, atingir os princípios gerais, mediante uma aplicação rigorosa do método indutivo”.³⁷

³³ Idem. Ibidem.

³⁴ Idem. Ibidem.

³⁵ Em que pese não constar qual obra de Rudolph Stammler foi utilizada por Oscar Barreto Filho, considera-se a publicação original “*Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung: Eine Sozialphilosophische Untersuchung*”, publicada pela Verlag Von Veit em 1896.

³⁶ STAMMLER, Rudolf. *Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung: Eine Sozialphilosophische Untersuchung*. Verlag: Von Veit, 1896. p. 259-263. Entendimento que inspirou Barreto Filho: “*Produktionsweise im sozialen sinne heißt: eine besondere art auerlich geregelt zusammenwirkens, gerichtet is. [...] Damit verbessert und klart sich der vage satz von der okonomischen produktionsweise als grundlage der gesellschaftsordnung und den Umwälzungen in der Art wirtschaftlicher produktion als letzten grunden fur darauffolgende des rechtes. [...] Die bestimmenden Grunde fur andierungen der rechtsordnung, wie der form des sozialen lebens uberhaupt, sind in letzter linie zu suchen in der vorausgegangenen. Welchem Satze wir demnachst erhoffend nachgehen werden. Die ubliche darstellung unserer privatrechtswissenschaft scheint hiermit nicht ubereinzustimmen, da sie als letzten grundbegriff des privaten rechtsverkehrs regelmabig das subjektive recht voranstellt und dieses zuweilen geradezu, als eckpfeiler des ganzen rechtsbaues bezeichnet. Aber der widerspruch ist mehr scheinbar, als sachlich tief eindringend. Denn es ist nicht nur nicht gegluckt, fur eine sichere begriffsbestimmung des rechtes im subjektiven sinne die rechtslehrer in einhelligkeit zu gewinnen, sondern es zeigt die nachprufung der hieruber entsponnenn kontroverse, dab alle bedeutungen, in denen man den audruck des subjektiven rechtes eingebracht hat, auf die rechtsverhaltnisse als logisch vorgehende bedingungen hinweisen*”.

³⁷ BARRETO FILHO, op.cit., p. 11-12. “Aderem geralmente os comercialistas ao *empirismo jurídico*, a começar por Cesare Vivante, para quem se deve buscar na intimidade da História o sistema do Direito vigente. Ensinava o grande mestre da Universidade de Roma que para completar a obra da jurisprudência só há um remédio: estudar a prática mercantil dominada, como está, por grandes leis econômicas, e fazer do estudo do Direito uma ciência de observação”.

Independentemente dos debates subjacentes às teorias de STAMMLER e dos empiristas, BARRETO FILHO, sem se ater a pressupostos metodológicos, conclui que o conteúdo ou substrato do Direito Mercantil é essencialmente econômico. Ele destaca a “experiência histórica, que tem variado através dos tempos o critério aferidor da comercialidade das relações jurídicas, acarretando a mutação do conteúdo do Direito Mercantil”.³⁸

Desse ponto de vista, CÁSSIO CAVALLI ressalta que a noção de empresa como fenômeno econômico decorre, de um lado, “da própria exaltação da empresa enquanto instituição-chave da sociedade, que se encontra no ‘centro da economia moderna’ e constitui a ‘célula base de toda economia industrial’” e, por outro lado, “do fato de que a empresa é, antes de tudo, uma organização econômica”.³⁹

No que diz respeito à problemática do novo conceito de Direito Mercantil (item iii), BARRETO FILHO enfatiza que o único problema posto no plano científico é o da autonomia substancial, visto que a autonomia formal funda uma questão de conveniência ou oportunidade de foro legislativo.⁴⁰ Para BARRETO FILHO, a existência da autonomia do Direito Mercantil se explica pela especialidade técnica do fenômeno econômico por ele regulado, estendendo suas regras a todos os indivíduos que participam da produção e da circulação de bens econômicos no mercado, incluindo o Estado, por meio de suas estatais.⁴¹

Esse autor ainda expõe a particularidade do Direito Mercantil “pela existência de princípios próprios, impostos pelas exigências econômicas, que lhe atribuem a almejada dignidade científica”, e acentua a indispensabilidade de um regramento jurídico especial, por meio da “distinção básica entre uma *propriedade estática*, que recai sobre os bens de gozo ou de consumo, e de uma *propriedade dinâmica ou empresarial*,” que se refere ao “poder de controle sobre os instrumentos de produção aplicados à atividade mercantil”.⁴²

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, por sua vez, indica como autonomia infragenética do Direito Mercantil – que não pode se afastar do “DNA” do sistema jurídico vigente – aquela

³⁸ Idem. *Ibidem*.

³⁹ CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia*: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 71. Cf.: ARMOUR, John *et al.* What is corporate law. In: KRAAKMAN, Reinier *et al.* *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 1-28. Prossegue Cavalli expondo que: “Esta característica, diga-se desde já, é uma constante na literatura jurídica. Assim, conquanto se possa reconhecer que houve grandes transformações nos sistemas jurídicos ao longo do século XX, estas transformações não foram de tal ordem a alcançar as pressuposições fundantes da literatura jurídica acerca da empresa enquanto organização econômica”. p. 71.

⁴⁰ BARRETO FILHO, op.cit., p. 17.

⁴¹ BARRETO FILHO, op.cit., p. 17. Cf.: GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Torino: Utet, 1913, p. 37.

⁴² *Ibidem*, p. 17-18.

em que os costumes, origem do Direito em questão, promovem certo distanciamento entre o ramo mercantil e as leis gerais.⁴³ E por força dos “dotes especiais que apresentam”, os costumes rompem os fundamentos dos princípios gerais do Direito, especialmente no âmbito privado das obrigações postas entre particulares.⁴⁴

SALLES entende não ser difícil conceber a dicotomia funcional do Direito privado para atribuir autonomia ao Direito Comercial, na medida em que há sociedades com fins econômicos que recebem amparo do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, enquanto outras o recebem do Registro Público de Empresas Mercantis. Essas últimas se prestam, *ex lege*, à atividade mercantil qualquer que seja seu objeto, configurando, portanto, uma “monumental criação do Direito Comercial, a sociedade anônima ou sociedade por ações”.⁴⁵

Finaliza SALLES, argumentando que a unificação das obrigações civis e mercantis pelo Código Civil não acarretou quebra da autonomia da prática dos negócios originados da *lex mercatoria*.⁴⁶ É que permanece autônomo o sujeito que assume a atividade empresarial profissional de atendimento às necessidades do consumidor, inseridas no atendimento amplo de mercado das necessidades humanas. Sobrepõe-se, dessa maneira, aos demais atos que o antecedem na cadeia de fornecimento para consumo, por ser o mercado fim de outros variados mercados, que são meio para seu objetivo final.⁴⁷

Em outra perspectiva, CALIXTO SALOMÃO FILHO traz a visão crítico-estruturalista em oposição à compreensão do Direito como instrumento para a consecução de propósitos econômicos. Segundo o autor, o Direito, por vezes, serve de base (*e.g.* patentes) à construção de estruturas econômicas e à dominação de poder. Sua preocupação reside na identificação, com visão interdisciplinar – essencial para análise da realidade –, das estruturas jurídicas e

⁴³ O autor não nega as influências da legislação geral nas relações mercantis: “Vale dizer, a extraterritorialidade do Direito Comercial decorrente do fato do tráfico sem fronteiras, interna-se criando relações jurídicas específicas de uma atividade globalizada, embora destinada à prática concomitante de atos jurídicos entre comerciantes e não comerciantes, empresários e não empresários, porém dando a estes um tratamento diferenciado pelas leis especiais, sem prejuízo dos princípios sustentados pela lei geral”. (SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A autonomia do direito comercial e o direito da empresa. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 105, 2010. p. 1235-1250. p. 1245)

⁴⁴ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A autonomia do direito comercial e o direito da empresa. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 105, 2010. p. 1235-1250. p.1244.

⁴⁵ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A autonomia do direito comercial e o direito da empresa. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 105, 2010. p. 1235-1250. p. 1244.

⁴⁶ VIDIGAL, Erick. A *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 186, n. 47, p. 171-193, 2010.

⁴⁷ *Ibidem*, p.1248. Assim conclui o autor: “Todos esses mercados se organizam dentro dos ditames das normas e costumes comerciais que se não aplicam aos atos entre cidadãos que seguem pessoalmente a conduta do fato. Ainda que negócios jurídicos, que impliquem em contratos ou outros tipos de obrigações a serem assumidas pelas partes, nenhuma delas se equipara à necessidade do efeito em cadeia que se desenvolve entre todos aqueles que iniciam e terminam um ciclo, com vistas à oferta, na busca do demandante final”. *Ibidem*, p.1249.

econômicas, organizadoras do “funcionamento social”, e de suas origens históricas para propiciar a reconstrução do Direito.⁴⁸

CALIXTO SALOMÃO não aborda a autonomia propriamente dita do Direito Comercial. Ele trabalha o ideário de que certos valores democráticos, a exemplo da função social da propriedade, precisam fazer frente às estruturas de poder para edificarem-se. O sentido é transformar a realidade econômica e social, o que levaria a uma nova interpretação do Direito.⁴⁹

Em síntese, pelo que foi descrito, percebe-se que o Direito comercial, do ponto de vista econômico, demanda estudos próprios e análises particulares em relação aos outros ramos do Direito nacional.

Assim sendo, a tônica da autonomia e da dignidade científica do Direito Mercantil reclama método próprio quando do manejo das regras mercantis. Sobretudo, deve-se buscar melhor conciliar valores com necessidades econômicas inadiáveis, por vezes até incontroláveis, dada a fluidez e a dinamicidade do mercado.

A evolução da literatura especializada expõe os aspectos centrais da autonomia do Direito Mercantil, seja do ponto de vista didático, seja do substancial ou, até mesmo, do social, na perspectiva de CALIXTO SALOMÃO. Porém, também se faz necessário um estudo, ainda que breve, da correlação entre a regra mercantil e as necessidades práticas dos agentes econômicos que dela se valem para precificar seus atos econômicos.

Conquanto não se refira à legislação mercantil, RACHEL SZTAJN analisa, na visão econômica, o custo de transação dos agentes econômicos, com base em vínculos contratuais que são reflexos, para o bem ou para o mal, também da legislação de regência de cada operação.

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 259, p. 261, p. 260. “Como visto, parte da crítica explícita ao funcionamento positivista do direito e procura identificar estruturas econômicas e jurídicas que, fundamentais à organização social, respondem por relações de dominação e de poder econômico, afastando a possibilidade de aplicação de qualquer raciocínio valorativo na organização da sociedade. É a crítica e transformação dessas estruturas, ora jurídicas ora econômicas, que se propõe a sugerida “teoria estruturalista”.

⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 266. “Mas as mudanças estruturais não podem se resumir a institutos específicos do direito econômico e empresarial. Também o instituto da propriedade merece estudo e reflexão específicos. Em uma realidade de extrema escassez de todo o tipo de bens, é preciso reconhecer sua importância estrutural para o próprio funcionamento do sistema econômico. É preciso então rever o instituto, adequando o conceito e a forma de propriedade à escassez relativa a cada bem. Assim como nas patentes é preciso reconhecer um conceito mais dinâmico e adaptável de propriedade. O direito da propriedade deve passar a ter um campo crescente de reconhecimento e disciplina para os chamados bens comuns, seja eles bens de múltiplos proprietários ou então bens que, por sua importância, não podem pertencer a ninguém, mas a toda a coletividade”. *Ibidem*, p. 265. Em outro trecho: “Parece claro, que soluções jurídico-estruturais baseadas em uma revisão do funcionamento do sistema econômico exigem disposição a também visitar de forma criativa institutos ainda aplicados em sua forma clássica, que nos mais das vezes remonta sociedades agrárias remotas (como o direito de propriedade) ou aos primórdios da revolução industrial (como as patentes), em que a escassez, desigualdades e sobrevivência da espécie pareciam problemas longínquos”. *Ibidem*, p. 266.

Explica SZTAJN que custos de transação são aqueles decorrentes das transações, derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar determinada operação ou transação.⁵⁰

SZTAJN ainda afirma que o custo de transação serve como meio para se precificarem incertezas, portanto interessa aos juristas, uma vez que os agentes econômicos o consideram em tomadas de decisão voltadas à garantia de um bom resultado da operação. Dentro disso, a segurança jurídica, entendida como previsibilidade do resultado, passa a compor os custos de transação para o tráfego econômico entre agentes.

Inserir-se, nesse contexto, o risco judicial oriundo da propositura de uma ação, o qual é denominado custo social do processo e se subdivide em custo direto e custo de erro, conforme POSNER.⁵¹ O custo direto diz respeito a todos os valores despendidos com a ação, e os custos de erros são mensurados “pelo conjunto de decisões judiciais para determinação de chances de êxito na demanda recuperacional”.⁵²

É com base nessa conjuntura que PAULO ROBERTO COLOMBO ARNOLDI assevera que o sistema falimentar (o que se aplica em maior grau ao Direito Mercantil) tem como objetivo criar as condições necessárias para que situações de crise econômico-financeira sejam solucionadas de forma previsível, célere e transparente. O Direito Falimentar busca resultados econômicos mais eficientes.⁵³

⁵⁰ SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 99, p. 283-302, 2004. p. 284.

⁵¹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007. p. 593.

⁵² DIAS, José Elves Batista Dias. *Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2018. p. 132.

⁵³ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Análise econômico-jurídica da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Privado da Faculdade Mineira de Direito*, p. 223-224, out. 2006. p. 223.

2 TRAJETO DO DIREITO FALIMENTAR ATÉ O IDEÁRIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: EXPERIÊNCIAS ESTADUNIDENSE E BRASILEIRA

Preservar a empresa não é uma preocupação apenas de foro brasileiro; ela é expressa em normas de outros sistemas que inspiraram o ordenamento jurídico pátrio, em especial o Direito Falimentar e recuperacional.

Os sistemas jurídicos em geral buscam seu aperfeiçoamento, principalmente na ocorrência de crises e de mudanças na sistemática de insolvência, como aconteceu na Europa, nos séculos XIX e XX, consoante NAHID LYAZAMI.⁵⁴ As experiências vividas e os resultados obtidos influenciam outros países, os quais – resguardadas as respectivas peculiaridades culturais e a estrutura jurídica – adaptam ou adotam critérios naquilo que lhes couber juridicamente e convier politicamente.

2.1 Breve histórico do Direito Falimentar estadunidense

O presente estudo pode ser enriquecido por meio da análise do Direito estadunidense sobre o Direito recuperacional e Falimentar, visto que esse sistema foi o pioneiro no tratamento da crise empresarial na perspectiva reorganizacional.⁵⁵ Para tanto, foram diversas as alterações legislativas voltadas para superação de crises econômicas.

Segundo SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, o Direito Falimentar estadunidense decorreu de aspectos históricos e culturais peculiares, como: i) forte desejo de uma criação “vivaz de economia de mercado”; ii) uso extensivo do crédito; iii) vontade legislativa de equilibrar os interesses dos credores e dos devedores; iv) “incomum e proeminente papel exercido pelos advogados nos processos concursais”.⁵⁶

O Direito Falimentar estadunidense, após processo evolutivo dos sistemas de insolvência ocorrido na Europa, desenvolveu, como marco central, no que toca à recuperação

⁵⁴ LYAZAMI, Nahid. *La prévention des difficultés des entreprises: étude comparative entre le droit français et le droit marocain*. 2013. Tese (Doutorado) – Université de Toulon, Toulon, 2013.

⁵⁵ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: a preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 91.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 92-93.

de empresas, os *reorganisation proceedings* (1938).⁵⁷ A consolidação desse Direito – que estabeleceu uma disciplina estruturada para o Direito recuperacional, com vistas a organizar, de forma célere, eficaz e previsível, os momentos de crise financeira das empresas, a fim de assegurar sua manutenção – perpassou por um processo de criação de institutos reorganizatórios da empresa ao longo do tempo.

Anteriormente, no transcorrer do século XVII, os estados aplicavam as disposições da *common law* inglesa, respeitadas as respectivas peculiaridades. Como expõe F. REGIS NOEL, a Pensilvânia, por exemplo, “seguia, como padrão, o único sistema conhecido de alívio [*relief*], nomeadamente, os estatutos ingleses”. Então, pode-se supor que outros estados também o seguissem. A primeira lei federal foi redigida após análise de uma lei de insolvência e de uma

⁵⁷ Na Europa, as inúmeras crises ocorridas nos séculos XIX e XX encadearam severas mudanças na sistemática da insolvência, sobretudo em alguns países. Na França, as principais alterações legislativas – pertinentes ao objeto em estudo –, foram: i) o *Decrét de 20 de maio de 1955*, que trouxe inovações como concessão “ao devedor vítima de contingências a possibilidade de um acordo amigável e prosseguir com as negociações com seus credores para obter condições de pagamento ou perdão da dívida. Este acordo amigável é também chamado de “pacto de procrastinação ou moratória geral”; e ii) a *l’ordonnance du 23 septembre 1967*: “trouxe uma clara melhoria que estabeleceu o procedimento para a suspensão provisória do processo no que diz respeito a empresas de interesse nacional ou regional. Um procedimento que rapidamente desapareceu, pois nunca conseguiu se firmar como procedimento preventivo. Ela era revogada pela Lei n. 85-99, de 25 de janeiro de 1985, relativa à liquidação e liquidação judicial”. No original: “*Le décret de 20 mai 1955 apporte des innovations réjouissantes. Désormais la différence entre commerçant de bonne foi mais malchanceux et celui de mauvaise foi est établie. Ce décret accorda au débiteur victime d’aléas la possibilité de bénéficier d’un concordat amiable et de procéder à des négociations avec ses créanciers pour obtenir des délais de paiement ou des remises de dettes. Ce concordat amiable est appelé également « pacte d’atermoiement ou moratoire général » [...] Par la suite, l’ordonnance du 23 septembre 1967 a apporté une nette amélioration qui a instauré la procédure de suspension provisoire des poursuites à l’égard des entreprises d’intérêt national ou régional. Une procédure qui a rapidement disparu, car elle n’a jamais pu s’imposer comme procédure de prévention. Elle fut abrogée par la loi n. 85-99 du 25 janvier 1985 relative au redressement judiciaire et la liquidation judiciaire*”. cf.: LYAZAMI, Nahid. *La prévention des difficultés des entreprises: étude comparative entre le droit français et le droit marocain*. 2013. Tese (Doutorado) – Université de Toulon, Toulon, 2013. Lembrando que a regra *stay period* é formatada na França sob a nomenclatura de “período de observação” (GUIMARÃES, Márcio Souza. *Recuperação de empresas*. In: COSTA, Thales Moraes. (org.). *Introdução do direito francês*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. v. II. p. 413). Sobre as demais influências do Direito francês em relação ao Direito brasileiro, cf.: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 89, p. 183-194, 1994. Na Inglaterra, conforme acentua Leitão, “sucederam-se leis sucessivas, em 1883, 1887, 1914 e 1926. O sistema tinha como particularidade permitir que, após um *official receiver* indagar dos negócios do devedor e das causas do estado de insolvência, ser entregue um conjunto dos bens do devedor a um *trustee* que os administra e liquida no interesse dos credores, ficando o devedor liberado com o encerramento do processo (*discharge*). Como o *discharge* só é aplicável aos comerciantes, em relação aos não comerciantes, instituiu-se um processo de execução colectiva (*insolvency*), moldada sobre a *bankruptcy*, mas estabelecida no interesse do devedor. Posteriormente, a *bankruptcy* absorveu a *insolvency* ao se estender aos não comerciantes”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da insolvência*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 38. Em arremate, o autor, na p. 41, conclui: “O *Insolvency Act* de 1986 foi posteriormente revisto pelo *Enterprise Act* de 2002, cuja parte 10 (sections 248 e ss.) regula a matéria de insolvência. Este diploma procurou acentuar a vertente da reabilitação da empresa, procurando evitar a todo custo a sua liquidação em benefício dos credores, ao mesmo tempo em que procurou assegurar os pagamentos aos credores comuns, assim como a participação dos titulares do capital no processo de insolvência. Em consequência, introduziu a possibilidade de decretar a empresa insolvente sem recurso aos tribunais (*out of court administration*)”. Para mais, cf.: FRISBY, Sandra. *In search of a rescue regime: the enterprise act 2002*. *The Modern Law Review*, v. 67, n. 2, p. 247-272, 2004. RINGE, Wolf-Georg (org.). *Current issues in European financial and Insolvency Law. perspectives from France and the UK*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 17-44.

lei de falências estaduais, ou seja, o material e a experiência dos estados serviram de fundamento ao que agora se discute.⁵⁸ Essa primeira lei federal sobre o assunto foi a *Constitutional Convention of 1787* (Constituição Federal de 1787).

A referida Constituição determinou ao Congresso Nacional a obrigação de estabelecer regras gerais sobre falência (*bankruptcy clause*) e sobre o *commerce clause*.⁵⁹ Essa obrigação constituiu um ponto importante na edificação do Direito Falimentar estadunidense,⁶⁰ pois, pela

⁵⁸ “A general survey of the laws relating to the subject of debt in each of the original States, and a thorough study of the constructive stages of bankruptcy legislation in one typical State should suffice for a clear understanding of the steps which led to the provision for a Federal law on the subject by the Constitutional Convention. It will also throw light on the sources and development of many of the principles found in the first Federal law on bankruptcies. It is only reasonable to suppose that any law on the subject in the other States was similar, for that of Pennsylvania followed, as a pattern, the only known system for relief, namely, the English statutes. An early State insolvency law, and also a bankruptcy law, has been analyzed, and the fact will easily be established that at the time which is now being discussed and using in a great measure the material and experience of the States, the first Federal law on the subject was drafted”. NOEL, Francis Regis. *A history of the bankruptcy law*. Washington, DC: CH Potter, 1919. p. 65-66.

⁵⁹ Francis Regis Noel explica: “The Congress shall have power “to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.” Art. I, Sec. 8, cl. iii”. Imperava a necessidade, em um novo estado, de uma legislação falimentar: “Although James Madison played many important parts in the early history of the United States, none was more useful than his services as unofficial reporter of the proceedings of the Constitutional Convention and his subsequent exposition and defense of its proposed form of government. In addressing the people of the State of New York in *The Packet* of January 22, 1788, he dismissed the discussion of the bankruptcy clause of the Constitution of the United States with the remark that, “The power of establishing uniform laws of bankruptcy, is so intimately connected with the regulation of commerce, and will prevent so many frauds where the parties or their property may lie, or be removed into different States, that the expediency of it seems not likely to be drawn into question.” This faithful and patriotic chronicler anticipated many of the problems and foresaw the benefits which the lawgivers of the republic would extort from this clause of the American Charter of Liberties. But neither he nor any statesman of his time could have foreseen the extensive development of the power granted by the clause to which he so tersely adverted. Casual attention had been given to the subject of bankruptcies in previous times. It was nearly overlooked by the framers of the Constitution and for thirteen years remained abandoned at the door of the Convention. Madison’s succinct statement opens many avenues of thought. He shows that relief from debt was considered important and desirable in that early and undeveloped stage of our country’s commerce. Pre-existing State legislation on the subject of financial difficulty as well as numerous contemporary memorials invoking the application of the power granted to the Congress by the Constitution is evidence of its expediency. Madison also suggests that the prevention of fraud is a necessary antecedent both to credit and the growth of commerce; and that a people possessing an extensive store of natural resources requires that all laws relating to its general commerce shall be uniform”. (NOEL, Francis Regis. *A history of the bankruptcy law*. Washington, DC: CH Potter, 1919. p. 5-7).

⁶⁰ Vale apontar o destaque de Todd J. Zywicki sobre os três estágios da lei de falências dos Estados Unidos da América: “Skeel divides the history of bankruptcy law in America into three historical stages: the nineteenth century, the era of the 1898 Bankruptcy Act and the Great Depression, and the modern era of the 1978 Bankruptcy Code. As Skeel notes, the shape of bankruptcy law and practice throughout American history is at least as much a result of political considerations and influence as economic considerations. To develop his point, Skeel draws on the fields of public choice and social choice, both of which apply the assumptions and tools of economics to the study of politics. Skeel uses these tools to shape his narrative, giving his argument an analytical edge that prior historical studies of American bankruptcy law lacked. In particular, American bankruptcy law can be understood as resulting from the clash of three sets of interests: debtor ideological interests (often spearheaded by law professors), creditor interests, and bankruptcy professionals; interests (including bankruptcy judges). Although the outcome of this threeway political wrestling match is unclear at any given moment, the dominant course of evolution of American bankruptcy law has been towards increasingly generous bankruptcy laws that provide strong incentives for both individual and corporate debtors to file bankruptcy”. ZYWICKI, Todd J. *The past, present, and future of bankruptcy law in America*. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 6, p. 2016-2036, maio 2003.

primeira vez, a discussão do Direito Falimentar alcançou uniformidade para fins de proteção do crédito e de crescimento do comércio no âmbito nacional.⁶¹

Conforme TODD J. ZYWICKI,⁶² no século XIX, antes da lei de falência de 1898, *Bankruptcy Act* de 1898, o governo federal promulgou ao menos três leis nesse sentido: n. 1800, n. 1841 e n. 1867, cada uma criada em meio a uma crise econômica e revogada em seguida.⁶³ No total, o período de vigência dessas leis somou apenas dezesseis anos de regulação.

O 1800 *Act* em muito se assemelhava à lei inglesa de 1732, além de ter também muitas características do estatuto da Pensilvânia. Era puramente remédio para os credores, ou seja, apenas credores, por meio da prova da comissão do devedor de um ato de falência, podiam iniciar tal procedimento.⁶⁴

Como assenta CHARLES JORDAN TABB,⁶⁵ antes de poder ser concedida uma quitação (*discharge*), os comissários da falência tinham de certificar ao juiz do distrito federal que o devedor tinha cooperado e que dois terços dos credores, por número e por valor dos créditos, tinham consentido com o *discharge*.⁶⁶

Em 1803, o sentimento provocado pela revogação da Lei n. 1800 se propagava, e novos debates surgiram. Assim, chegou à Suprema Corte, em 1819, o enfrentamento do caso *Sturges v. Cowninshield*,⁶⁷ em que se buscavam respostas para alguns questionamentos. Entre os mais importantes, citam-se: i) “*whether, since the adoption of the constitution of the United States, any State has authority to pass a bankrupt law, or whether the power is exclusively vested in the Congress of the United States?*”; ii) *whether the Act of New-York, passed the third day of April, 181, and stated in the plea in this case, is a bankrupt act, within the meaning of the constitution of the United States?*; e iii) *whether the act aforesaid is an act or law impairing the obligation of contracts, within the meaning of the constitution of the United States?*”⁶⁸

⁶¹ Idem. Ibidem.

⁶² Ibidem, p.2018.

⁶³ “*The first federal bankruptcy law was passed on April 4, 1800, eleven years after the ratification of the Constitution. Pressure had been brought for a national bankruptcy law by a crash in 1792, but nothing was done until 1797, when another panic caused widespread ruin and the imprisonment of thousands of debtors. Robert Morris, one of the main financiers of the Revolution, spent three years in debtor’s prison owing \$ 12 million, and Supreme Court Justice James Wilson fled from Pennsylvania to avoid a like fate. The 1800 Act finally was passed, carrying by but a single vote in the House. Federalist representatives of commercial interests pushed the bill, while the law was opposed by anti-Federalist southerners and agricultural sympathizers. The 1800 Act was designed as a temporary measure, to sunset in five years, but actually was repealed after only three*”. TABB, Charles Jordan. The history of the bankruptcy laws in the United States. *American Bankruptcy Institute Law Review*, v. 3, p. 5-51, 1995. p. 14.

⁶⁴ Idem, ibidem.

⁶⁵ Ibidem, p. 15.

⁶⁶ Infere-se, portanto, que a disposição legal do período tinha conotação protetiva dos credores.

⁶⁷ 17 U.S. (4 Wheat) 122 (1819).

⁶⁸ Ibidem, p. 123.

Assim concluiu a Suprema Corte:

Since the adoption of the constitution of the United States, a State has authority to pass a bankrupt law, provided such law does not impair the obligation of contract, within the meaning of the constitution, art. 1. s. 10. and provided there be no act of Congress in force to establish a uniform system of bankruptcy, conflicting with such law.

Em síntese, aos estados federados competia tão somente a atribuição residual (observação da necessidade de uniformidade do sistema falimentar americano) e com limitações, haja vista a lei estadual não poder afetar relações obrigacionais antes de sua vigência e não poder ser aplicada a credores de outros estados.⁶⁹ Assim, após anos de divergências e embates internos, chegou-se ao *Bankruptcy Act of 1841*.

Ao longo dos anos 20 do século XIX, foram feitas tentativas para aprovar um projeto de lei que permitisse a falência voluntária, para alívio direto dos devedores – comerciantes e não comerciantes.⁷⁰ No entanto, durante todo esse período, os esforços foram rejeitados por uma aliança de sulistas que se opunham a qualquer lei federal de falência e por outros que acreditavam ser inconstitucional a falência voluntária. A divergência legislativa, conforme anota CHARLES JORDAN TABB, pintou um “pano de fundo legislativo à aprovação do Ato de 1841”, no sentido de ser “uma história fascinante por si só, demonstrando como companheiros de *badfellows* e *apt logrolling* às vezes podem funcionar para realizar aparentemente metas legislativas impossíveis”.⁷¹ O compromisso final permitiu tanto falências involuntárias quanto voluntárias e não limitou a elegibilidade para o *relief* só aos devedores comerciais.

Após 18 meses de vigência do *Bankruptcy Act of 1841*, diversas leis estaduais foram editadas, o que acarretou um “apetite fraudulento de credores e devedores, gerando grande perturbação às relações mercantis e, também, incredulidade quanto ao *Bankruptcy Act*”.⁷² RODRIGO TELLECHEA e JOÃO PEDRO SCALZILLI comentam que, após uma sequência de crises econômicas e financeiras, o legislador foi pressionado a retomar a discussão sobre o Direito da falência em âmbito nacional nos Estados Unidos. Buscava-se, então, “amadurecer uma série de conceitos (*e.g.* constitucionalidade da falência voluntária, extensão da lei a não comerciantes e sociedades) e reestruturar o sistema em vigor, a partir da premissa da proteção do interesse

⁶⁹ Nesse sentido, confira-se o caso *Ogden v. Saunders*. 25 U.S. (12 Wheat) 213 (1827).

⁷⁰ TABB, Charles Jordan. *op.cit.*, p. 16.

⁷¹ *Idem*, *ibidem*. A temática da divergência parlamentar e da legitimidade legislativa será retomada em capítulo próprio a partir da leitura de Jeremy Waldron.

⁷² TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Marcia (coord.). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 27.

público”.⁷³ Tal discussão vigorou de forma similar no Brasil a partir da leitura do princípio da preservação da empresa.⁷⁴

Após essa ebulição social sobre o Direito Falimentar estadunidense, foi criada a Lei de 1867, com clara inspiração na lei falimentar de Massachusetts, de 1938. De acordo com TELLECHEA e SCALZILLI, o texto de 1867 estendeu seus efeitos aos comerciantes e aos não comerciantes, introduziu o instituto do *composition agreement*, que consistia na possibilidade de credores e devedores negociarem o pagamento de dívidas, e “incluiu as *corporations* pela primeira vez no âmbito de aplicação da *bankruptcy law*”.⁷⁵

Novamente, o texto não teve um período grande de vigência, entre outras razões principais, pela necessidade de consentimento do credor para a quitação e pelo pré-requisito de um dividendo mínimo de 50% (cinquenta por cento) para se conceder eventual quitação. Não por outro motivo, as leis posteriores “abandonaram completamente a restrição de consentimento do credor”.⁷⁶

Após sucessivas alterações legislativas, sobreveio o citado *Bankruptcy Act* de 1898,⁷⁷ que instalou, conforme CHARLES JORDAN TABB, a era da legislação federal permanente acerca

⁷³ Idem, ibidem. No mesmo sentido, cf.: WARREN, Charles. *Bankruptcy in United States history*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 95-109.

⁷⁴ Nesse sentido, cf.: CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: a preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206-207.

⁷⁵ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Marcia (coord.). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 27.

⁷⁶ TABB, Charles Jordan. op. cit., p. 20.

⁷⁷ A pertinência da exposição da evolução histórica do direito falimentar pode ser amparada pela visão crítica de Jérôme Sgard: “*From this perspective, bankruptcy laws probably provide the best example of a dispute settlement institution – hence an ex post instrument – that is established at the most judicialized end of this spectrum, where the authority of the state may closely govern individual behaviours. Two defining moments within the typical procedure underline this latter point. First, cases should be opened by a judgement that suspends the normal course of contractual interaction and shifts both debtors and creditors to an alternate, collective rule, supervised by the court. Second, the judge will often have to confirm the qualified majority vote of creditors once they have settled between liquidation and some continuation arrangement. At both moments, if he fails to intervene or if the law does not give him such power, then collective action problems may overwhelm agents: competing individual action against the debtor may deliver a worst-case outcome or minority creditors may holdout collective decisions. Over centuries and across countries, majority rule and judicial confirmation explain why bankruptcy laws have always revolved around the core vertical axis whereby the sovereign enforces, protects, and regulates private rights – though by intervening into them A remarkable consequence of this pattern is that it is not very difficult to decide whether an institution is or not a bankruptcy. A Brazilian, Polish or American lawmaker, just out today of having discussed yet another bankruptcy reform, would have no difficulty whatsoever understanding the (translated) 1262 Siennese statute, the 1673 French Ordonnance sur le Commerce or, again, the 1898 American federal statute. What differentiates these texts is primarily how the parties interact within the institution: the rules of deliberation and decision, the constitutional guarantees they receive, the entry barriers they are confronted to, or the discretion that is left to the judge. Here is where the critical evolutions took place, as states and markets agents evolved together and progressively institutionalised competition and market sanction*”. SGARD, Jérôme. *Bankruptcy laws: part of a global history*. Abril 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228396805_Bankruptcy_Laws_Part_of_a_Global_History. Acesso em: 25 mar. 2022.

do Direito Falimentar.⁷⁸ Segundo DAVID SKEEL JR., 1898 foi um divisor de águas na história dos Estados Unidos, porque aquela lei, tornada federal, pôs fim a um século de instabilidade. A economia evoluiu, transformando-se em uma das mais importantes do mundo após um tempo comparativamente provinciano. E o *Bankruptcy Act* se tornou “elemento permanente no cenário legislativo”.⁷⁹ Ainda segundo SKEEL JR., o “gênio” do *Bankruptcy Act* de 1898 consiste em pequenos fatores políticos que franquearam a mudança de parâmetros legislativos. Ante as grandes necessidades demonstradas pelas forças que se reuniram nesse ano, era difícil imaginar que a lei de falências tivesse uma forma diferente da aprovada ao final. Possivelmente, a expansão econômica, associada à estrutura política do país, “tenha levado inevitavelmente a uma estrutura de falência orientada por advogados, em vez de administrativa”:

A ascensão das organizações empresariais no final do século XIX deu o impulso, e a Lei foi moldada pela interação dos interesses desses credores e pelas pressões compensatórias do federalismo americano. Graças a um longo período de controle republicano, a lei permaneceu em vigor por tempo suficiente para barrar falências, solidificando a coalizão em apoio à lei.⁸⁰

O *Bankruptcy Act* de 1898, portanto, estabeleceu sua aplicação para comerciantes e não comerciantes, sendo as causas da “quebra” (*acts of bankruptcy*) taxativamente previstas. Além

⁷⁸ “*The Bankruptcy Act of 1898 marked the beginning of the era of permanent federal bankruptcy legislation*”. Ibidem, p.23.

⁷⁹ “*The year 1898 was a watershed year in American history. It is the end of 1998 as I write , and one of the most widely reviewed books of the year is entitled simply 1898. From the vantage point of one century later, 1 898 is still the year when Teddy Roosevelt and the Rough Riders stormed San Juan Hill in Cuba. The famous charge not only assured Roosevelt a permanent place in the American imagination, but it also marked America ' s coming of age as a nation. After a comparatively provincial start, America' s e conomy had become one of the world's most important, and America's military exploits in Cuba sen,ed as notice that America intended to be a serious player on the world stage*”. SKEEL Jr.; David A. The genius of the 1898 Bankruptcy Act. *Bankruptcy Developments Journal*, v. 15, p. 321-341, 1999. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/720. Acesso em: 10 fev. 2022. p. 321. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/720. Acesso em: 10 fev. 2022.

⁸⁰ “*The year that will forever be associated with the distinctive U.S. system is 1898. That was the year Congress enacted the Bankruptcy Act of 1 898, which ended a century of instability and made federal ban kruptcy law a permanent fixture on the legislative landscape. This Article contends that the "genius" of the 1 898 Act can be explained by a small group of political factors. The rise of business organizations at the end of the nineteenth century provided the impetus, and the Act was shaped by the interaction of these creditors' interests and the countervailing pressures of American federalism. Thanks to a lengthy period of Republican control, the Act remain in place long enough to spawn a bankruptcy bar. The bar then solidified the coalition supporting the Act. In retrospect, the forces that came together in 1898 have so great an air of n ecessity that it seems hard to imagine bankruptcy law taking any o ther form than the approach that finally passed. Perhaps economic expansion plus the American political framework led inescapably to a lawyer-driven ban kruptcy framework rather than an administrative one, but perhaps not. Had insolvency remained the province of the states until the New Deal,⁸⁴ for instance, one could imagine the New Deal reformers devising an administrative approach to bankruptcy-possibly tied to administrative reforms such as welfare and social security. Speculation of this sort is, of course, just that-speculation. The important point i s that, a t the centennial o f the 1 89 8 Act's enactment, we now can see much more clearly than the Act's creators just how special the bankruptcy legislation was. What made the Act special was a unique combination of creditors, American federalism and, as always in the United States, the lawyers that soon followed*”. Ibidem, p. 341.

disso, manteve-se a figura do *trustee* como síndico no procedimento.⁸¹ Em que pese ter avançado em certos temas, essa lei não ficou imune a críticas. Registram TELLECHEA e SCALZILLI que foram objeto dessas críticas as seguintes características: i) viés processual exacerbado da falência; ii) lentidão na tramitação dos processos; iii) alto custo; iv) baixo retorno dos credores; v) usurpação do patrimônio do falido pelo condutor do procedimento.⁸²

Ainda nesse período, após sucessivas crises financeiras de grandes corporações (e.g. setor ferroviário),⁸³ o “Direito Falimentar iniciou um novo momento de inflexão, desviando o foco da mera liquidação de ativos e pagamentos dos credores para se voltar à preservação da empresa”.⁸⁴ Isso porque a falência de grandes companhias modificou o cenário político-social por conta de seus efeitos deletérios.⁸⁵

⁸¹ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Marcia (coord.). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 29.

⁸² *Ibidem*, p.30. Tal discussão encontra similitude com os debates judiciais ocorridos no Brasil. Tema a ser exposto no próximo tópico da presente pesquisa.

⁸³ “As lawmakers wrestled over federal bankruptcy legislation, another insolvency drama unfolded entirely outside of Congress. During the course of the nineteenth century, the railroads emerged as the nation’s first large-scale corporations. The early growth of the railroads was fraught with problems. Due both to overexpansion and to a series of devastating depressions, or panics, numerous railroads defaulted on their obligations—at times, as much as 20 percent of the nation’s track was held by insolvent railroads. Rather than look to Congress, the railroads and their creditors invoked the state and federal courts. By the final decades of the nineteenth century the courts had developed a judicial reorganization technique known as the equity receivership. It was this technique, rather than the Bankruptcy Act of 1898, that became the basis for modern corporate reorganization”. (SKEEL Jr., David A. *Debt’s dominion: a history of bankruptcy law in America*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2001. p. 48).

⁸⁴ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Marcia (coord.). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 31. Destaca-se que estes autores fazem análise desse giro interpretativo acerca da falência de grandes corporações em paralelo com a realidade brasileira: “Essa solução encontrada no direito norte-americano não foi a única, mas foi provavelmente a mais emblemática e, com certeza, a que mais influência teve sobre a legislação brasileira em vigor (Lei 11.101/2005). Nesse contexto, a premissa básica que perpassa a recuperação de uma empresa em dificuldades econômico-financeiras é a de que todos envolvidos no negócio, incluindo os credores, o devedor, seus sócios, empregados, fornecedores e a comunidade em geral, podem se beneficiar com a superação do estado de crise empresarial, desde que um custo econômico razoável”. *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁵ “Although corporate reorganization has gone hand in glove with general bankruptcy law for many decades now, its origins are quite distinct. The bankruptcy debates that led to general legislation in 1800, 1841, 1867, and 1898 had little to do with the reorganization of large corporations. To be sure, both the 1867 act (after an amendment in 1874) and the 1898 act did include corporate bankruptcy. But lawmakers focused entirely on individuals and small corporations in their deliberations, and the Bankruptcy Act reflected this. The corporate bankruptcy provisions were useful only for small businesses; more substantial firms simply ignored them. To trace the real origins of corporate reorganization, we must look elsewhere. The “elsewhere” that lies at the heart of early reorganization can be distilled to a single word: railroads. In a very real sense, the history of corporate reorganization is the history of nineteenth century railroad failure. The periodic collapse of the railroads led to the first true reorganizations—which were called equity receiverships. When Congress finally added a meaningful corporate reorganization option to the Bankruptcy Act in the 1930s, it took all of its cues from the railroad receivership techniques that had long been used in the courts. Although corporate reorganization traveled on a very different track than the rest of bankruptcy, we will see several familiar themes as we explore its origins. As

Nessa direção, ROBERT L. JORDAN e WILLIAM D. WARREN afirmam que “*even in the case of an insolvent corporation that is operating at a loss, continued may be mor advatageous to those unsecured creditors than liquidation*”.⁸⁶ Os autores defendem que, se a empresa for capaz de gerar receita maior do que as despesas quando da reivindicação, “essa receita excedente estará disponível para o pagamento dos créditos não garantidos”.⁸⁷

Objetivamente, na visão de JORDAN e de WARREN, se determinada empresa é capaz de gerar receita suficiente, mesmo se encontrando sob as intempéries da insolvência, tal circunstância potencializa maior efetividade de adimplemento junto aos credores. É uma condição que diverge da falência e do encerramento abrupto das atividades empresariais, já que seria desperdiçado o potencial produtivo e de geração de receita da empresa, aspecto capaz de recuperar sua saúde financeira e de torná-la adimplente em suas obrigações.⁸⁸ Pelo menos, é o que se infere dessa circunstância.

Porém, para CHARLES JORDAN TABB, a ideia de que “um negócio vale mais vivo do que morto”⁸⁹ exige um pressuposto de validade. Por isso, essa ideia só seria válida se a empresa devedora tivesse uma atividade comprovadamente lucrativa, por meio de documentos aptos.

with nineteenth-century bankruptcy legislation, American federalism, with its division of authority between Congress and the states, played a crucial role both in the emergence of the great railroad receiverships and in the shape the receiverships took. As with general bankruptcy, the process produced a powerful and distinctive bar. The bar, together with the Wall Street banks it represented, was the most obvious beneficiary, and a principal cause, of the reorganization technique. But that is the end of the story. Let us first go back to the colorful beginning”. SKEEL Jr. David A. op.cit.,

⁸⁶ Tradução livre: “Mesmo no caso de uma empresa insolvente que está operando com prejuízo, a continuação pode ser mais vantajosa para os credores do que a liquidação”. Íntegra do texto original: “*Even in the case of an insolvent corporation that is operating at a loss, , continued may be mor advatageous to those unsecured creditors than liquidation. If the business is capable of producing revenue that is greater than postfiling out-of-pocket expenses of operation, that excess revenue is available for payment of the unsecured claims*”. (JORDAN, Robert L; WARREN, William D. *Bankruptcy: cases, problems and materials*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1955. p. 723).

⁸⁷ Idem. Ibidem.

⁸⁸ No mesmo sentido de que existem negócios que valem mais “vivos” do que “mortos”, cf.: TABB, Charles Jordan; BRUBAKER, Ralph. *Bankruptct law: principles, policies, and practice*. Cincinnati: Anderson Publishing, 2003. p. 595. Em outro trabalho de Charles Jordan Tabb: “*Point one, and the most often repeated justification for chapter 11, is to maximize the value of the debtor firm. The operative assumption is that there is a going-concern surplus for a reorganized firm over and above its liquidation value. In short, the most fundamental reason for having a corporate rescue procedure such as chapter 11 is to maximize value for the benefit of all stakeholders in the enterprise. More money is better than less. What was true a quarter-century ago remains true today: “Point one, then, is that a business is worth more alive than dead – i.e., it is worth more as a going concern than in a forced sale liquidation; and that all affected parties, defined broadly, benefit if that going concern is maintained.” Of course, the foregoing statement only holds true if the debtor firm as a forward-looking matter has a profitable business, on an income statement basis. Letting financial bygones be bygones, is this a viable enterprise? Does the firm make enough money to pay its current expenses and turn a profit? A horse-and-buggy company a hundred years ago, after the invention of the automobile, likely would not be worth saving. Today, many bricks-and-mortar retailers face the same fate in an Amazon/Walmart world. Accordingly, as a cautionary note, it bears remembering that chapter 11 is not justified for every business*”. TABB, Charles Jordan. What's wrong with Chapter 11? *Syracuse Law Review*, v. 71, p. 557-596, 2021. p. 560.

⁸⁹ Idem. Ibidem.

Para tanto, ele elenca alguns questionamentos: i) deixar que o passado financeiro seja passado torna uma empresa viável?; ii) a empresa auferir receita suficiente para pagar suas despesas correntes e obter lucros?; iii) o modelo de negócios da empresa,⁹⁰ em perspectiva atual e futura, sinaliza sua recuperação?⁹¹

TABB conclui que o excesso de liquidação de empresas insolventes não implica, necessariamente, intervenção judicial (*court-supervised rescue procedure*), ou seja, nem todas as insolvências requerem controle judicial. Ainda segundo ele, qual a razão de não se confiar mais em tratativas extrajudiciais, evitando-se as implicações derivadas dos termos do *Chapter 11*? Esses questionamentos sugerem uma reflexão quanto à valorização da recuperação extrajudicial.⁹²

No contínuo histórico do Direito Falimentar dos Estados Unidos, não obstante os avanços que promoveu, o *Bankruptcy Act* de 1898 sofreu diversas modificações ao longo do tempo, muito em razão da grande recessão econômica internacional, o *Crash* de 1929. As principais se deram em 1938, 1978, 1986,⁹³ 1994⁹⁴ e 2005. Entre essas mencionadas, algumas alterações legislativas (*reform act*) se sobressaem em relação às demais, no que tange às mudanças do Direito Falimentar.

O *Chandler Act of 1938* reformulou a lei anterior em: i) *Chapter X* para empresas e reorganizações; ii) *Chapter XI* para arranjos; iii) *Chapter XII* para arranjos imobiliários; iv) *Chapter XIII* para plano de salário (atualmente, volta-se para indivíduos com renda regular para propor planos de reembolso aos credores ao longo do tempo).⁹⁵ A principal contribuição dessa

⁹⁰ Charles Tabb exemplifica da seguinte forma: “*A horse-and-buggy company a hundred years ago, after the invention of the automobile, likely would not be worth saving. Today, many bricks-and-mortar retailers face the same fate in an Amazon/Walmart world. Accordingly, as a cautionary note, it bears remembering that chapter 11 is not justified for every business*”. Idem. Ibidem.

⁹¹ Idem. Ibidem.

⁹² Ibidem, p. 4.

⁹³ “*Bankruptcy Judges, United States Trustees, and Family Farmer Bankruptcy Act of 1986 (100 Stat. 3088) establishes Chapter 12 temporarily for family farmers and makes permanent the U.S. Trustee program except in North Carolina and Alabama, where bankruptcy administrator programs are established. The trustee program moves the appointing and overseeing of case and standard trustees from the judicial to the executive branch in participating districts*”. FEDERAL JUDICIAL CENTER. *The evolution of U.S. Bankruptcy law: a time line*. Disponível em: https://www.rib.uscourts.gov/newhome/docs/the_evelution_of_bankruptcy_law.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

⁹⁴ “*Bankruptcy Reform Act of 1994 (Public Law 103-394) creates the second National Bankruptcy Commission to investigate changes in bankruptcy law. The Act expands bankruptcy courts’ ability to hold jury trials in some proceedings and encourages circuit councils to establish bankruptcy appellate panels*”. Idem. Ibidem.

⁹⁵ 11 USC § 1322 (d). “§ 1322. *Contents of plan (a) The plan- (1) shall provide for the submission of all or such portion of future earnings or other future income of the debtor to the supervision and control of the trustee as is necessary for the execution of the plan; (2) shall provide for the full payment, in deferred cash payments, of all claims entitled to priority under section 507 of this title, unless the holder of a particular claim agrees to a different*

lei foi a completa atualização do Direito material e do funcionamento processual dos processos de liquidação (*liquidation*), principalmente a reformulação das disposições de reorganização, que prevaleceu durante os quarenta anos seguintes.⁹⁶

O *Bankruptcy Reform Act of 1978*, que substituiu a lei de 1938, criou tribunais de falências em cada distrito e permitiu a separação de juízes de falências dos demais juízes. Eles eram nomeados pelo presidente, confirmados pelo Senado e serviriam em mandatos de 14 anos, a partir de 1984. Os capítulos de reorganização foram fundidos em um único e, para TABB, “esse casamento combinou características do antigo capítulo X e do capítulo XI”.⁹⁷

A “pedra de toque” da *Bankruptcy Reform Act of 1978* consiste no fato de que foi a primeira alteração legislativa (federal) em relação ao Direito Falimentar americano não motivada por uma crise financeira severa no país. A lei foi formatada a partir relevantes contribuições técnicas da *Comission of Bankruptcy Laws of the United States*.⁹⁸

O novo *Chapter 11* deixou o devedor na posse da empresa, com um administrador a ser nomeado; “deu ao devedor na posse um prazo de exclusividade limitado para ajuizar uma recuperação judicial; adotou uma forma de prática de reorganização” e limitou o envolvimento da SEC (*U.S. Securities and Exchange Commission*) nos casos de reorganização das

treatment of such claim; (3) if the plan classifies claims, shall provide the same treatment for each claim within a particular class; and (4) notwithstanding any other provision of this section, may provide for less than full payment of all amounts owed for a claim entitled to priority under section 507(a)(1)(B) only if the plan provides that all of the debtor's projected disposable income for a 5-year period beginning on the date that the first payment is due under the plan will be applied to make payments under the plan. [...] (d)(1) If the current monthly income of the debtor and the debtor's spouse combined, when multiplied by 12, is not less than- (A) in the case of a debtor in a household of 1 person, the median family income of the applicable State for 1 earner; (B) in the case of a debtor in a household of 2, 3, or 4 individuals, the highest median family income of the applicable State for a family of the same number or fewer individuals; or (C) in the case of a debtor in a household exceeding 4 individuals, the highest median family income of the applicable State for a family of 4 or fewer individuals, plus \$525 1 per month for each individual in excess of 4, the plan may not provide for payments over a period that is longer than 5 years”.

⁹⁶ Nesse sentido, Charles Jordan Tabb expõe: “*The Chandler Act substantially revised virtually all of the provisions of the 1898 Act. The substantive law and procedural workings of liquidation cases were thoroughly updated. A serious attempt was made to improve bankruptcy administration. Perhaps most significant, however, was its regowrking of the recently enacted reorganization provisions into the form that prevailed for the next forty years: Chapter X governed corporate reorganizations; Chapter XI dealt with arrangements; Chapter XII applied to real property arrangements; and Chapter XIII provided for wage earners' plans*”. Another importante development at the time was the investigation of protective and reorganization committees by the Securities and Exchange Comission under the leadership of William Douglas. The end result was a monumental eight-part study, published between 1937 and 1940. The essential conclusion of the report was that public investors needed protection from insiders in reorganization cases”. TABB, Charles J. op.cit., p. 29-30.

⁹⁷ TABB, op. cit., p. 35.

⁹⁸ “*The Bankruptcy Reform Act of 1978 was the first comprehensive reform of the federal bankruptcy law in the forty yeas since the passage of the Chandler Act and replaced the law that had been in effect since the end of the ineteenth century. The 1978 Act is unique in the history of the nation's bankruptcy legislation in that is was the first major enactment that was not enacter as a response to a severe economic depression. The Bankruptcy Code governs bankruptcy law in the United States today. As will be discussed in the following section, the Code has been the subject of a number of amendments in the years since 1978, most recentlly in 1994*”. Ibidem, p.32.

empresas.⁹⁹ O *Chapter 13* oferecia uma “super” quitação, tornando o requerimento e a reorganização mais fácil para empresas e indivíduos.

Posteriormente, surgiu o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, que alterou substancialmente a lei de 1978. Entre as várias alterações, citam-se:¹⁰⁰ i) teste com base na renda mediana de cada estado para devedores individuais; ii) aconselhamento de crédito como condição para um “alívio” (*relief*); iii) treinamento em administração financeira para os devedores elencados no *Chapter 7* e no *Chapter 13* para obter quitação (*discharge*); iv) permissão para demissão automática do administrador se os documentos necessários não fossem arquivados; v) eliminação da super quitação instituída no *Chapter 13*; vi) eliminação do gravame de penhor (*strip down*)¹⁰¹ na maioria dos empréstimos de automóveis referidos no *Chapter 13*; vii) permissão para isentar taxa de pedido de falência e de recursos diretos para o tribunal de apelações em determinadas circunstâncias; viii) permanência do *Chapter 12* e inclusão de “pescadores familiares” com agricultores; ix) criação do papel de *ombudsman* para cuidar da privacidade do consumidor; x) reconhecimento da insolvência internacional.

Após essa breve descrição da evolução histórica do Direito Falimentar dos Estados Unidos, verifica-se que as alterações legislativas se voltaram para o ideário da preservação da empresa no processo de recuperação. Isso é observado, principalmente, em comandos legais dirigidos à manutenção do devedor na condução dos negócios durante o período recuperatório (*debtor-in-possession*) e também para a expansão dos poderes judiciais na condução do processo. Tais evoluções do Direito estadunidense influenciam sobremaneira, em âmbito global, outros países a revisitarem a própria legislação, no que tange às medidas legais mais efetivas para o saneamento das empresas em crise.¹⁰²

⁹⁹ TABB, op. cit., p. 35. “Another notable feature of the 1978 law was the merger of the reorganization chapters into a single chapter. This marriage combined features of old chapter X and Chapter XI. The new Chapter 11 left the debtor in possession, with a trustee to be appointed only for cause; gave the debtor in possession a limited exclusive period to file a reorganization plan; adopted a modified form of the absolute priority rule, to be applied only when a class dissents; limited the involvement of the SEC in reorganization cases, and otherwise attempted to streamline reorganization practice. The success of this reform is a matter of considerable debate”. Também cf.: COROTTO, Allen F.; PICARD, Irving H. *Business reorganizations under the Bankruptcy Reform Act of 1978 – a new approach to investor protections and the role of the SEC*. DePaul Law Review, v. 28, n. 4, p. 961-1006, 1979.

¹⁰⁰ As mudanças, de forma sintetizada, podem ser encontradas em: FEDERAL JUDICIAL CENTER. *The evolution of U.S. Bankruptcy law: a time line*. Disponível em: https://www.rib.uscourts.gov/newhome/docs/the_evolution_of_bankruptcy_law.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

¹⁰¹ Em termos objetivos, *Strip Down* implica a retirada de penhor (gravame) de bens do devedor. Para compreensão prática, cf.: *Hurlburt v. Black (In re. Hurlburt)*, 733 Fed. App'x 721 (4th Cir. 2018).

¹⁰² TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018, p.140.

2.2 Formatação do Direito Falimentar brasileiro e o nascedouro da preservação da empresa

No Brasil, o surgimento e o amadurecimento do Direito Falimentar¹⁰³ ocorreram na época do Império, desenvolvendo-se, pelo menos, em cinco períodos.¹⁰⁴ No primeiro, deu-se a aprovação do Código Comercial de 1850 (Lei 556, de 1850), precisamente no Livro III “Das Quebras, no qual, para se caracterizar a falência, bastava a cessação de pagamentos pelo devedor (art. 797).¹⁰⁵ A falência poderia se dar de forma “casual”, “culposa” ou “fraudulenta”, conforme previsto nos arts. 798, 799, 800 e 802¹⁰⁶ daquele Codex.¹⁰⁷

¹⁰³ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 159. No período colonial, o Brasil utilizou a legislação portuguesa para relações comerciais, inclusive acerca do direito falimentar. *Ibidem*, p. 158. Nesse sentido: LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. Rio de Janeiro: Academica, 1874. t. II.

¹⁰⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I – Disposições Preliminares. *In: Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Segunda Parte. p. 57-143. p. 64. “O critério determinante da falência ou quebra, no regime do Código Comercial, era o da cessação de pagamentos pelo devedor comerciante, mesmo que ele dispusesse de superávit patrimonial, pelo risco que a impontualidade apresentava e apresenta para o meio empresarial e para o sistema público de crédito, tanto que a nova Lei continua a perfilhar esse mesmo critério, aperfeiçoado em razão de fatores através dos quais a cessação de pagamentos se exterioriza, ou seja, a impontualidade qualificada e a defesa frustrada, em execução individual (art. 94, incs. I e II, da Lei 11.101/2005)”.

¹⁰⁵ *Idem*. *Ibidem*.

¹⁰⁶ “Art. 798. A quebra ou fallencia póde ser casual, com culpa, ou fraudulenta. Art. 799. He casual, quando a insolvencia procede de accidentes de casos fortuitos ou força maior (art. 898). Art. 800. A quebra será qualificada com culpa, quando a insolvencia pode attribuir-se a algum dos casos seguintes: 1. Excesso de despezas no tratamento pessoal do fallido, em relação ao seu cabedal e numero de pessoas de sua familia; 2. Perdas avultadas a jogos, ou especulação de aposta ou agiotagem; 3. Venda por menos do preço corrente de effectos que o fallido comprara nos seis mezes anteriores á quebra, e se ache ainda devendo; 4. Acontecendo que o fallido, entre a data do seu ultimo balanço (art. 10 n. 4) e a da fallencia (art. 806), se achasse devendo por obrigações directas o dobro do seu cabedal apurado nesse balanço. Art. 801. A quebra poderá ser qualificada com culpa: 1. Quando o fallido não tiver a sua escripturação e correspondencia mercantil nos termos regulados por este Codigo (arts. 13 e 14); 2. Não se apresentando no tempo e na fórma devida (art. 805); 3. Ausentando-se ou occultando-se. Art. 802. He fraudulenta a quebra nos casos em que concorre alguma das circumstancias seguintes: 1. Despezas ou perdas ficticias, ou falta de justificação do emprego de todas as receitas do fallido; 2. Occultação no balanço de qualquer somma de dinheiro, ou de quaesquer bens ou titulos (art. 805); 3. Desvio ou applicação de fundos ou valores de que o fallido tivesse sido depositario ou mandatario;” 4. Vendas, negociações e doações feitas, ou dividas contrahidas com simulação ou fingimento; 5. Compra de bens em nome de terceira pessoa; 6. Não tendo o fallido os livros que deve ter (art. 11), ou se os apresentar truncados ou falsificados”.

¹⁰⁷ “O critério fundamental para a caracterização da falência residia na cessação de pagamentos (art. 797). A falência poderia ser (1.º) casual, (2.º) com culpa ou (3.º) fraudulenta (art. 798); no primeiro caso, quando a insolvência decorresse de “accidentes” de casos fortuitos ou força maior (art. 799), dentre os quais se incluíam os que sucediam com comerciantes em situação regular (livros, documentos e contabilidade) e solvente, porém insolvável, isto é, com fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mas sem a liquidez necessária para fazê-lo pontualmente (art. 898). No segundo, a culpa decorria das hipóteses arroladas no art. 800, dentre as quais se incluí a venda de mercadorias a preços inferiores aos correntes, o que a Lei 11.101/2005 qualifica como liquidação precipitada de ativos (art. 94, inc. III, a). Também era taxada de culposa (art. 801), a falência decorrente de escripturação irregular ou de ausência ou occultação do devedor comerciante, valendo notar

Em relação às empresas individuais e coletivas em crise, o Código Comercial de 1850 dispunha dos seguintes tratamentos legais: acionamento da concordata ou pedido de moratória. A concordata só poderia ser requerida após o encerramento do processo de “quebra”, invocando a nomeação de administrador e requerendo a manifestação dos credores quanto à decisão que melhor atendesse a seus interesses.¹⁰⁸

Apesar de esse Código ter inaugurado um tratamento domiciliar acerca das “quebras”, afastando-se das legislações europeias, o processo falimentar foi alvo de diversas críticas na época.¹⁰⁹ Isso porque, da forma posta, o Código se mostrava lento, os processos vagarosos, dispendiosos e complicados. O Código foi então considerado, pelos autores daquele período, o “maior mal para os próprios interesses que teve em vista proteger”.¹¹⁰ O excesso de rigidez e a lentidão dos processos comerciais falimentares impediram IRINEU EVANGELISTA DE SOUZA, o VISCONDE DE MAUÁ,¹¹¹ de conseguir a concordata suspensiva.¹¹²

Com base em situações como a de MAUÁ, em 1882, a Câmara dos Deputados editou o Decreto Legislativo n. 3.065, alterando o Código Comercial em dois pontos importantes: modificação do quórum para a concordata suspensiva, passando para a maioria dos presentes na assembleia, e criação da concordata por abandono.¹¹³

que esta última hipótese figura no art. 94, inc.III, f da Lei ora comentada. Por fim, a falência fraudulenta (art. 802), que comportava ‘cúmplices’ (art. 803), decorria, dentre outras causas, da verificação de despesas fictícias, desvio de fundos e ausência ou falsificação de livros, hipóteses hoje previstas nas disposições penais da Lei 11.101/2005 (arts. 168 e ss.)”. (PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I – Disposições Preliminares. In: *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Segunda Parte. p. 57-143. p. 64).

¹⁰⁸ Idem. *Ibidem*.

¹⁰⁹ “1) O processo era lento, complicado e dispendioso, prejudicando, a um tempo, credores e devedor. 2) O Código dava maior relevo e importância à apuração da responsabilidade criminal do falido do que à liquidação comercial da falência. Esta ficava na dependência daquela. Só depois de ultimada a instrução do processo da quebra e qualificada a falência, é que se podia iniciar o processo da liquidação da massa, conforme dispunha o artigo 824 do Código; quando o aconselhável é que, estabelecida a independência dos dois processos, se cuide da liquidação comercial, deixando-se o processo criminal para quando se verificarem os elementos que lhe são necessários. 3) Em terceiro lugar, [...] outra falha grave do processo de falência consistia em exigir a lei, para homologação da concordata, que fosse esta aceita pela maioria dos credores em número e que representassem pelo menos, dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata”. GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53-54.

¹¹⁰ COSTA, Salustiano Orlando de Araujo. *Código commercial do Brazil*: anotado com toda a legislação do paiz que lhe é referente, com os arestos e decisões mais notaveis do tribunaes e juizes, concordado com a legislação dos paizes estrangeiros mais adiantados, com um vasto e copioso appendice, tambem anotado, contendo não so todos os regulamentos commerciaes, como os mais recentes actos do governo, quer sobre bancos e sociedades anonymas, quer sobre impostos, dispensando consultar-se a Collecção das leis do Imperio. Rio de Janeiro: Laemmert, 1896.

¹¹¹ FARIA, Alberto de. *Mauá*. Rio de Janeiro: Pongetti e Cia., 1926.

¹¹² Na concordata suspensiva, era preciso a anuência da maioria dos credores, com créditos que representassem ao menos dois terços dos créditos.

¹¹³ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 175.

No segundo período, o Republicano, em meio à ebulição social e política pela mudança de regime, foi editado o Decreto n. 917 de 1890,¹¹⁴ tendo como uma das principais contribuições legislativas a mudança na caracterização da “quebra”, que antes consistia situação de insolvência e passou a ser considerada com base na impontualidade.¹¹⁵ Após essa norma, outras

¹¹⁴ MARTINS FILHO, Antônio. Waldemar Ferreira e a evolução doutrinal do direito mercantil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 45, p. 240-262, 1950. p. 242-243. Período considerado terceira fase de evolução do Direito Mercantil brasileiro: “Irrompe a terceira fase de evolução do Direito Mercantil brasileiro no ano imediato à proclamação da República e vai até ao advento da Revolução de 1930, época em que se observa, nos quadros nacionais, o início de uma nova ordem política, econômica e social. Na verdade, trabalho magistral de CARLOS DE CARVALHO de logo transformado no Decreto n.º 917, de 1890, além de revogar a Parte III do *Código de Comércio*, imprimiu orientação nova e de cunho científico ao instituto da falência, abrindo-se, em consequência, amplos horizontes e maiores perspectivas aos nossos doutrinadores. Inaugurado tão auspiciosamente, pode-se afirmar, sem receio de contestação que esse terceiro período é precisamente o de maior importância e o mais decisivo no que tange à autonomia doutrinai do nosso Direito Mercantil”.

¹¹⁵ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 179. “Nesse contexto, foi instituído, o acordo extrajudicial (ou concordata amigável ou preventiva) sujeito à homologação judicial, que dependia do consentimento de credores que representassem no mínimo três quartos da totalidade do passivo e obrigava a todos os credores quirografários, sem esquecer da existência da moratória e da cessão de bens, todas com o bojetivo de prevenir a falência”.

legislações relevantes buscaram melhorias para o sistema falimentar nesse período, entre elas: a Lei n. 859, de 1902,¹¹⁶ a Lei n. 2.024, de 1908,¹¹⁷ e a Lei n. 5.476, de 1929.¹¹⁸

No terceiro período, em 1945, foi editado o Decreto-Lei n. 7.661, com base em estudos realizados por uma comissão de juristas, como NOÉ AZEVEDO, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, SYLVIO MARCONDES MACHADO, PHILAPELPHO AZEVEDO, HAHNEMANN GUIMARÃES e LUÍS LOPES COELHO.¹¹⁹ Embora tenha sido fruto de contribuições teóricas notáveis, a norma foi elaborada no cenário do Estado Novo, tendo assim traços de intervenção estatal exacerbada nas relações privadas.¹²⁰ A título de exemplo nesse sentido, cita-se a limitação da lei aos comerciantes e o fortalecimento dos poderes do Estado-juiz.¹²¹

¹¹⁶ “A emenda saiu pior que o soneto, com o agravante de ter sido interpretada como uma declaração pública de guerra entre a lei e os interesses do comércio. [...] Em linhas gerais, a nova legislação fracassou praticamente em todos os desideratos que pretendia concretizar. Segundo consta, o diploma se mostrou inferior e muito mais danoso do que a lei que veio a reformar, tendo provocado tantos escândalos que o Congresso tomou a iniciativa de substituí-lo menos de cinco anos depois”. Ibidem, p. 183.

¹¹⁷ MARTINS FILHO, op.cit., p. 65. “Considerada nobilíssima, fez sua marca na legislação mercantil brasileira, na medida em que conseguiu sintetizar os princípios que inspiraram o Decreto 917 de 1890, ao mesmo tempo em que expurgou os defeitos deste e da Lei 859, de 1902. [...] Ademais, manteve o caráter mercantil da falência, estendendo sua aplicação às sociedades anônimas, inclusive às que exerciam objeto civil. Abandonando a retrógrada ideia de sua liquidação forçada. Além disso, admitiu a presunção de insolvência não só pela impontualidade [...], mas também pela prática de certos atos e pela celebração de determinados contratos que justificavam seu pedido e o decreto judicial. [...] Foram mantidas as duas espécies de concordatas: (i) a suspensiva — proposta diretamente pelo falido aos credores e homologada judicialmente, cessando o processo de falência; e (ii) a preventiva, cujo objetivo era evitar a decretação de quebra, sendo, então, apresentadas pelo devedor aos credores determinadas condições de pagamento, indicando eventuais garantias, o que deveria ser aprovado em assembleia, etc. O descumprimento de certos deveres ou a falta de pagamento das obrigações ensejava falência. Extinguiu-se a concordata extrajudicial e a possibilidade de o devedor convocar credores para propor dilação de prazos, a remissão ou a cessão de bens”. Ibidem, p. 183-186. “Em 16 de agosto de 1902 sobreveio a Lei 859, regulamentada pelo Dec. 4.855, de 02 de junho de 1903, procurando corrigir as falhas do Dec. 917, e instituindo as figuras do “estado dos negócios” (não obstante o qual a impontualidade sem relevante razão de direito importava na declaração da falência — art. 1º, *caput*), e do ‘estado de falência’ (atos e negócios descritos no § 1º do art. 1º — semelhantes aos que constam no art. 94, inc. III, da Lei 11.101/2005) d) A Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908 representou “uma síntese bem formulada dos princípios que animavam o Dec. 917, de 1908”, palavras de Valverde, que sobre os referidos diplomas legais teceu ponderações que merecem reflexão, diante da orientação da Lei 11.101/2005: “Credores e devedores haviam de encontrar, como encontraram, o amparo que a lei pode dar às pretensões honestas. A fraude só não seria punida se os maiores interessados com ela não pactuassem. E foi, infelizmente, o que, com o tempo, sucedeu, e acontecerá sempre, fugindo os conluiantes aos rigores da lei, se se conceder aos credores demasiada autonomia na organização falimentar”. Ibidem, p. 185.

¹¹⁸ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar*: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018. p. 189. “Entre as principais alterações encontravam-se: (i) a redução do quórum de aprovação em assembleia para a concessão da concordata; (ii) a extinção da multiplicidade de síndicos e liquidatários; (iii) a revisão do processo de verificação de créditos; (iv) a apresentação de garantias reais ou pessoais na concordata preventiva; e (v) a instituição da tabela progressiva de proposta de pagamento dos credores na hipótese de a concordata ser a prazo. A maior parte da doutrina aplaudiu a nova lei como uma das mais sofisticadas do mundo”.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ “Não foi à toa que esse instituto foi chamado no Decreto-Lei 7.661/1945 de ‘concordata fascista’, que tinha de concordata só o nome, pois os credores não tinham de *concordar* com nada”. Ibidem, p.191.

¹²¹ MARTINS FILHO, op.cit., p. 67: “O Decreto-Lei 7.661 desdobrava-se em 14 Títulos, subdivididos em Seções, os 9 primeiros dedicados inteiramente à falência (art. 1º usque 138), disciplinadas, a 185). O Título seguinte trata

Um dos aspectos mais relevantes do período dessa nova lei foi a mudança na sistemática da concordata preventiva ou suspensiva. Antes, ela consistia em um instituto minutado e engendrado para formatar um acordo entre devedor e credor. Com esse Decreto-Lei, ela “passou a ser imposta pelo juiz em favor do devedor infeliz e honesto, desde que preenchidos os requisitos legais – sendo considerado um verdadeiro ‘favor legal’”.¹²² Isso ocasionou um “efeito negativo no sistema falimentar brasileiro: a paralisia e/ou engessamento do instituto”.¹²³

O Decreto-Lei n. 7.661 trouxe dificuldades severas para o sistema falimentar, ao retirar dos devedores o Direito de propor formas de pagamento voluntárias aos credores, bem como ao retirar dos credores o poder decisório quanto à proposta de pagamento ofertada. O traslado do poder decisório para o Estado-juiz e a construção de um rito processual lento e não atento às necessidades do mercado¹²⁴ fizeram com que os institutos da concordata e da falência levassem o Decreto-Lei ao fracasso.¹²⁵

Após 60 anos de vigência desse Decreto-Lei, restou evidenciada a existência, no Direito Falimentar brasileiro, de um “movimento pendular não apenas entre a proteção direta a interesses do devedor ou dos credores, como também entre o papel que se atribui a estes últimos e ao magistrado durante o concurso”.¹²⁶ Durante o período do Decreto-Lei n. 7.661, debates doutrinários concluíram pela necessidade de reforma estrutural do Direito Falimentar até então vigente.¹²⁷ Passou-se, então, a se observar as empresas pela ótica da recuperação das que fossem viáveis, e da liquidação rápida daquelas inviáveis. Em vez da preservação da empresa como

dos crimes falimentares, e os três últimos das disposições especiais, gerais e transitórias. A disposição topológica da matéria, a própria sistematização da lei anterior e o número de artigos dedicados às concordatas evidenciavam que a preocupação maior do legislador residia no concurso de credores, no processo de execução coletiva, visto que a concordata era então tratada como “favor legal”, direito potestativo do devedor, considerando que a moratória era solução suficiente para equacionar a crise econômico-financeira da atividade negocial – e na verdade é, embora não a única, tanto que foi mantida, e sintomaticamente em primeiro lugar, no rol de meios e modos previstos para a recuperação judicial (Lei 11.101, art. 50, inc. I)”.

¹²² Ibidem, p. 191.

¹²³ Idem. Ibidem.

¹²⁴ “A título de exemplo, a realização do ativo somente tinha início após a solução de inquérito judicial e a formação do quadro-geral de credores, o que sempre exigia um decurso muito longo de tempo, mesmo porque todo o procedimento de verificação de créditos ocorria judicialmente. Assim, até que fosse iniciada a venda dos ativos, normalmente os bens já estavam desvalorizados e depreciados”. Ibidem, p. 192.

¹²⁵ “Apesar disso, a legislação ainda vigorou por longos 60 anos, com regras jurídicas obsoletas, e absolutamente desconectadas da realidade econômica do país”. Ibidem, p. 193.

¹²⁶ CERZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: a preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 74.

¹²⁷ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 195.

objetivo do Estado-juiz e do procedimento dispendioso da concordata,¹²⁸ adotou-se a lógica de preservação da empresa viável em respeito ao interesse social e econômico.

Esse direcionamento e a evidente necessidade de reforma da lei falimentar vigente culminaram com o advento da Lei n. 11.101, de 2005 – Lei de Recuperação Judicial e de Falências –, demarcando o quarto período do desenvolvimento do Direito Falimentar.

Como assevera SHEILA CEREZETTI, pela primeira vez, o Direito Positivo nacional conhece mecanismos especificamente criados para viabilizar a superação da crise empresarial, afastando-se de institutos como a concordata e a moratória. Superou-se, assim, o entendimento de que as dificuldades econômico-financeiras das empresas devem necessariamente caminhar para a liquidação dos ativos do devedor com vistas à satisfação dos credores.¹²⁹

A Lei n. 11.101, de 2005, trouxe inovações voltadas para empresas viáveis, como a recuperação judicial e a extrajudicial, mecanismos que buscam evitar sua liquidação prematura. Alicerçado nesse entendimento, o art. 47 dessa Lei registra uma “declaração das finalidades a serem perseguidas pelo novo instituto da recuperação judicial de empresas”.¹³⁰

De acordo com CEREZETTI, a Lei n. 11.101, de 2005, também trouxe uma nova perspectiva ao próprio processo falimentar por meio de seu art. 75. Segundo o autor, deve-se privilegiar a realização dos bens da massa de forma conjunta, “buscando-se, assim, a preservação e a otimização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa”.¹³¹

¹²⁸ “Como justificativa a essa mudança radical alega-se que ao juiz foi creditada essa relevante função pois se acreditava que ele seria capaz de resolver com honestidade o conflito de interesses individuais e de preservar a empresa. Note-se que pela primeira vez se fala em preservação da empresa, muito embora se busque alcançar esse objetivo por meio de instituto que não se mostrou suficientemente estruturado para tal fim”. Ibidem, p. 78.

¹²⁹ Ibidem, p. 79.

¹³⁰ Em nota de rodapé n. 177, Sheila Cerezetti esboça a semelhança entre as redações do art. 47 da Lei n. 11.101 de 2005 e o art. L.620-1 do *Code de Commerce* francês: “*Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’apurement du passif*”. Ibidem, p. 80. Tradução livre: “É instaurado um processo de recuperação judicial destinado a permitir a salvaguarda da empresa, a manutenção da atividade e a regularização das responsabilidades”.

¹³¹ Ibidem, p. 82.

É importante verificar que a nova lei modificou o paradigma do Direito Falimentar brasileiro, iniciando uma nova fase¹³² com o tema “empresa em crise”,¹³³ que foi marcada pela alteração de diretrizes e pela criação de mecanismos voltados a auxiliar a reorganização e a recuperação de empresas viáveis. Um bom exemplo do fomento à recuperação de empresas viáveis é o estabelecimento da regra *stay period*, que visa dar “fôlego” financeiro às empresas em crise.

Por razões práticas, ainda que a Lei n. 11.101, de 2005, tenha alterado o cenário nacional em relação ao tema “empresas em crise”, restou necessário o manejo legislativo para alterar regras e institutos destinados à reorganização de empresas e ao processo falimentar. Foi criada, então, a Lei n. 14.112, de 2020. Esse é o marco do quinto período evolutivo do Direito Falimentar, estágio atual.

Essa nova lei alterou os dispositivos daquela de 2005, inovando, principalmente, nos seguintes pontos: i) mudanças no *stay period*, com a possibilidade de prorrogação uma única vez e excepcionalmente; ii) prioridade na tramitação dos processos; iii) instauração do procedimento “constatação prévia” que faculta aos juízes nomearem um profissional para apurar as condições da empresa declarada em crise; iii) fixação legal da consolidação processual e substancial de empresas em crise pertencentes ao mesmo grupo; iv) apresentação de plano de recuperação judicial pelos credores; v) estabelecimento de conciliação no rito da recuperação judicial.

¹³² “Com relação ao direito concursal pátrio a separação de períodos foi indicada por Trajano de Miranda Valverde,¹⁹¹ que afirmou ter o instituto falimentar no Brasil passado por quatro fases. Segundo o jurista, a primeira delas teve início com a publicação do Código Comercial, sendo bastante marcada pela influência francesa, e findou com o advento da República. Sob o mesmo raciocínio, a próxima fase, que compreende a vigência do Decreto 917/1890 e da Lei 859/1902, foi marcada pela completa modificação da estrutura legislativa até então vigente, destacando-se aspectos como a caracterização do estado de falência com base em atos ou fatos indicados em lei e a instituição de meios preventivos à falência. A terceira fase é apontada como aquela que começa com a entrada em vigor da Lei 2.024/1908, passa pelo Decreto 5.746/1929 e termina com a aprovação do Decreto-lei 7.661/1945. Seu início seria caracterizado pela simplificação processual introduzida pela Lei 2.024, mas não mantida pelo documento legislativo falimentar subsequente, e pela ampla autonomia atribuída aos credores, nos termos do Decreto 5.746 – aspecto que, para o autor, foi a principal causa dos males dessa fase. O diploma falimentar de 1945 foi responsável pela última fase citada pelo autor”. (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: a preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85).

¹³³ Idem. Ibidem.

É perceptível, portanto, que por reflexos do Direito estrangeiro,¹³⁴ especialmente do Direito Falimentar estadunidense,¹³⁵ a legislação falimentar nacional procedeu a mudanças estruturais em suas regras.

2.3 Convergência entre os sistemas estadunidense e brasileiro sobre a regra do *stay period*: breve paralelo

De início, vale conhecer a origem de um processo recuperacional (reorganização) de empresas em crise no sistema brasileiro e no sistema estadunidense.

No Direito Falimentar brasileiro, o art. 48 da Lei n. 11.101, de 2005, dispõe que somente o devedor ou, em sua ausência, o cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente (art. 48, § 1º) poderá requerer a recuperação judicial. Tal disposição deixa clara a política de facultar à empresa em crise a opção de requerer sua reorganização.¹³⁶

De forma diversa, no Direito estadunidense, os requerimentos de recuperação da empresa em crise podem ser voluntários – solicitados pelo próprio devedor –,¹³⁷ ou involuntários – pedidos pelos credores.¹³⁸ Isso porque o “equilíbrio de interesses é

¹³⁴ “*Insolvency systems profoundly reflect the legal, historical, political, and cultural context of the countries that have developed them. Thus, even countries that share a common legal tradition, such as the United States, England, Canada, and Australia, display marked differences in how they approach both business and personal bankruptcies. Countries with different legal traditions, such as those within Continental Europe and Japan, currently have even more divergent bankruptcy systems, though many are moving toward the U.S. models. Given the vast cultural differences around the world, and the history of each country’s economy and attitudes about money and debt, there is no one-kind-ts-all bankruptcy system for enterprises or individuals. New insolvency systems must instead reflect how individual nations have experienced the growth of market economies, and how, philosophically, countries have viewed debt. Bankruptcy systems are social tools. As such, they are value-laden and must be drafted with care to reflect the particular values of a culture. Yet the extensive availability of credit requires a face-saving way out of financial failure. Providing such a way out is a challenge many nations will face as credit is used more extensively in the new modern economy. This Article attempts to aid this transition in some small way, by helping inform the decisions made within developing systems*”. MARTIN, Nathalie D. The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation. *Boston College International and Comparative Law Review*, n. 28, 2005. p. 1-77. p. 4-5.

¹³⁵ CERZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: a preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 93.

¹³⁶ PIMENTEL JR., Washington Luiz Dias. O *automatic stay* e o *stay period*: um paralelo entre o regime norte-americano e brasileiro quanto aos mecanismos iniciais de proteção dos ativos da empresa em recuperação judicial. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (coord). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 212-213.

¹³⁷ “§ 301. *Voluntary cases (a) A voluntary case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under such chapter by an entity that may be a debtor under such chapter. (b) The commencement of a voluntary case under a chapter of this title constitutes an order for relief under such chapter*”.

¹³⁸ “§ 303. *Involuntary cases (a) An involuntary case may be commenced only under chapter 7 or 11 of this title, and only against a person, except a farmer, family farmer, or a corporation that is not a moneyed, business, or commercial corporation, that may be a debtor under the chapter under which such case is commenced. (b) An involuntary case against a person is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under chapter 7 or 11 of this title – [...]*”.

reconhecidamente um dos grandes marcos da legislação concursal norte-americana”. E especificamente nesse sentido, o sistema estabelece “regras isonômicas no que tange (também) ao desenrolar do procedimento de reorganização”.¹³⁹

Pelo disposto no *Chapter 11* do *Bankruptcy Act* de 1978, a fim de que o *stay period* possa surtir seus efeitos, basta haver a distribuição do pedido de reorganização,¹⁴⁰ para o mecanismo de suspensão das execuções e dos pagamentos de dívidas ser acionado; dispensa-se a decisão judicial. Uma vez estabelecido o *automatic stay*, os credores se obrigam a não cobrar a empresa em crise, seja de forma judicial, seja de forma extrajudicial.

No bojo da seção 362 (a), consta a discriminação taxativa de credores, cujos pedidos se enquadram no *automatic stay*,¹⁴¹ a exemplo dos processos fiscais do devedor (seção 362 (a)(8))

¹³⁹ CERZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: a preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 93.

¹⁴⁰ PIMENTEL JR., Washington Luiz Dias. *O automatic stay e o stay period: um paralelo entre o regime norte-americano e brasileiro quanto aos mecanismos iniciais de proteção dos ativos da empresa em recuperação judicial*. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (coord). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 217. “Os pedidos pautados no *chapter 7, 11 or 13* também se valem do *automatic stay*, sendo eles, respectivamente, o pedido de liquidação ou falência, reorganização ou recuperação judicial e a reorganização da pessoa física com proventos regulares”.

¹⁴¹ “(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a petition filed under section 301, 302, or 303 of this title, or an application filed under section 5(a)(3) of the Securities Investor Protection Act of 1970, operates as a stay, applicable to all entities, of—(1)the commencement or continuation, including the issuance or employment of process, of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could have been commenced before the commencement of the case under this title, or to recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title; (2)the enforcement, against the debtor or against property of the estate, of a judgment obtained before the commencement of the case under this title; (3)any act to obtain possession of property of the estate or of property from the estate or to exercise control over property of the estate; (4)any act to create, perfect, or enforce any lien against property of the estate; (5)any act to create, perfect, or enforce against property of the debtor any lien to the extent that such lien secures a claim that arose before the commencement of the case under this title; (6)any act to collect, assess, or recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title; (7)the setoff of any debt owing to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against any claim against the debtor; and (8)the commencement or continuation of a proceeding before the United States Tax Court concerning a tax liability of a debtor that is a corporation for a taxable period the bankruptcy court may determine or concerning the tax liability of a debtor who is an individual for a taxable period ending before the date of the order for relief under this title”.Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/362>. Acesso em: 2 abr. 2022.

e da execução de bens da herança, com sentença lavrada antes do processo de recuperação. Os casos não discriminados no artigo estão livres dos efeitos da suspensão.¹⁴²

Porém, ainda que um crédito determinado não seja abrangido pela cláusula do *automatic stay*, pode o devedor requerer tutela judicial para também suspender as cobranças dos créditos inicialmente não alcançados pelo *stay*. Isso, desde que seja para garantir “máxima efetividade ao propósito de reorganização empresarial”.¹⁴³

Na sistemática do *Chapter 11*, se inexistente, por um lado, termo final para o *automatic stay* previsto na lei, por outro, franqueia-se aos credores o requerimento de *relief from the stay* ou pedido de retirada da suspensão por via de um termo final, anulação ou condicionante.¹⁴⁴ Para tal, devem ser observadas as seguintes regras: i) ausência de proteção do ativo ou garantia; ii) insuficiência de garantia em comparação ao débito.¹⁴⁵

Conclui-se, em relação ao Direito estadunidense, que a cláusula *automatic stay* é formatada para privilegiar a recuperação da empresa em crise, mas diverge da disposição brasileira quanto ao mecanismo de funcionamento e ao prazo de suspensão.

O *stay period* na Lei n. 11.101, de 2005, foi regulado no § 4º do art. 6º, o qual previa, em sua redação original, um prazo de 180 dias improrrogável¹⁴⁶ – ao menos pelo texto da regra. Em 2020, a regra da Lei n. 14.112 passou a admitir a prorrogação excepcional por uma única vez e desde que o devedor não tenha concorrido para essa prorrogação.

É importante esclarecer que a alteração legislativa teve como causa um movimento jurisprudencial e prático no sentido de que o prazo improrrogável de 180 dias,¹⁴⁷ se ausente a

¹⁴² Vale informar a ressalva legal de que algumas pretensões fiscais não estão abarcadas na suspensão (seção 362 (9)): “(9) *under subsection (a), of – (A)an audit by a governmental unit to determine tax liability; (B)the issuance to the debtor by a governmental unit of a notice of tax deficiency; (C)a demand for tax returns; or (D)the making of an assessment for any tax and issuance of a notice and demand for payment of such an assessment (but any tax lien that would otherwise attach to property of the estate by reason of such an assessment shall not take effect unless such tax is a debt of the debtor that will not be discharged in the case and such property or its proceeds are transferred out of the estate to, or otherwise revested in, the debtor).*” Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/362>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁴³ PIMENTEL JR., Washington Luiz Dias. O *automatic stay* e o *stay period*: um paralelo entre o regime norte-americano e brasileiro quanto aos mecanismos iniciais de proteção dos ativos da empresa em recuperação judicial. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (coord.). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 218.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 219. Cf. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁴⁵ “(d) *On request of a party in interest and after notice and a hearing, the court shall grant relief from the stay provided under subsection (a) of this section, such as by terminating, annulling, modifying, or conditioning such stay— (1)for cause, including the lack of adequate protection of an interest in property of such party in interest; (2)with respect to a stay of an act against property under subsection (a) of this section, if— (A)the debtor does not have an equity in such property; and (B)such property is not necessary to an effective reorganization*”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/362>. Acesso em: 2 abr. 2022.

¹⁴⁶ Será demonstrado que a jurisprudência vem flexibilizando a regra para permitir a prorrogação do *stay period*.

¹⁴⁷ NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

culpa do devedor, era insuficiente para atender o desiderato da norma de recuperação de empresas viáveis em crise.¹⁴⁸ Além disso, a regra do *stay period* funda-se na ideia de evitar “uma série de tumultos, bem como dos próprios credores, em observância ao princípio da paridade”.¹⁴⁹

Embora o *stay period* tenha clara inspiração no arquétipo legal estadunidense, os efeitos da suspensão das ações não se dão a partir do peticionamento para reorganização da empresa em crise; eles ocorrem somente quando o pedido de recuperação judicial pelo julgador tem seu processamento deferido.

Quanto aos créditos não submetidos ao *stay period*, o Direito Falimentar brasileiro exclui os créditos ilíquidos – ausência de certeza quanto à existência ou valor dos créditos – e afasta a suspensão das execuções fiscais, as quais tramitarão em apartado e são limitadas tão somente à alienação dos ativos do devedor,¹⁵⁰ em respeito ao juízo universal da recuperação judicial. Além desses, o § 3º do art. 49 prevê exceção ao credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Portanto, não estando nas hipóteses de exceção, o credor se submeterá aos efeitos do *stay period*, o que, pela atual previsão legal, é limitado ao prazo prorrogável de 180 dias ou maior período, a depender da posição que a jurisprudência pode seguir.

¹⁴⁸ Conforme o Observatório de Insolvência – Associação Brasileira de Jurimetria, o tempo médio de aprovação do plano de recuperação em varas especializadas é de 407 dias, sendo maior nas varas comuns (567 dias). Disponível em: <https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>. Acesso em: 8 abr. 2022.

¹⁴⁹ LUCCAS, Fernando Pompeu. A permissão de prorrogação do *stay period* proveniente da Lei 14.112/2020. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CANTO, Jorge Luiz Lopes do; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Moderno direito concursal: análise plural das Leis n. 11.101/05 e n. 14.112/20*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p.123-138. p. 123.

¹⁵⁰ Cf. STJ - AgRg no CC 81922/RJ.

3 CAMINHO PRINCIPIOLÓGICO ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOCTRINA POSITIVISTA

A primeira ocasião em que a controvérsia acerca da aplicação do princípio do art. 47, em vez da regra do art. 6º, § 4º, ambos da Lei n. 11.101, de 2005, surgiu de forma expressa foi no julgamento do Conflito de Competência n. 79.170/SP151 pelo Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro CASTRO MEIRA.

A partir de então, decisões iguais se sucederam no âmbito dessa própria Corte e em outras, ao mesmo tempo em que o tema passou a suscitar discussões diversas de cunho teórico e jurídico-filosófico. Em outras palavras, o contexto da controvérsia é amplo, iniciando pela abordagem básica – mas não menos importante, porque se trata de elementos fundantes do Direito – entre regras e princípios.

3.1 Das regras e dos princípios

HUMBERTO ÁVILA conceitua norma não como um conjunto de textos, mas como sentidos “construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Pelo fato de as normas serem construídas pelo intérprete, pode-se concluir “que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio”.¹⁵²

De sua parte, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO sugere que “regras e princípios são duas espécies de normas e que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.¹⁵³ E para HUMBERTO ÁVILA, são duas categorias normativas que não podem ser inferidas *prima facie*, mas somente pela atividade interpretativa.

Especificamente, segundo ÁVILA, as regras são descritivas e retrospectivas, do ponto de vista primário, e têm pretensão de decisão e de abrangência; sua aplicação requer a correspondência entre a “construção conceitual da descrição normativa e a construção dos fatos”.¹⁵⁴ As regras são abarcantes. Já os princípios são finalísticos, do ponto de vista primário,

¹⁵¹ STJ – CC 79.170/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Primeira Seção, julgado em 10.9.2008, dje 19.9.2008.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

¹⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

e têm pretensão de complemento e de parcialidade; sua aplicação exige avaliar a correlação “entre o estado de coisas [...] e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Como se viu, regras e princípios têm distinção conceitual e, embora existam divergências doutrinárias quanto aos critérios utilizados para diferenciá-los,¹⁵⁵ é possível fazê-lo por meio do equilíbrio de opiniões dos teóricos que abordam a temática.¹⁵⁶

Para HUMBERTO ÁVILA, a distinção entre regras e princípios pode ser feita com base nos níveis de pretensão de umas e de outros (acima referidos). Mas VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA aponta que a discussão acerca da distinção entre regras e princípios como padrões normativos “ganhou dimensão” a partir de RONALD DWORKIN e de ROBERT ALEXY, então “representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios” e que afirmam ser “a distinção entre ambos de caráter lógico”.¹⁵⁷

RONALD DWORKIN, após críticas à teoria de H.L.A. HART sobre a descrição do sistema jurídico como um universo de regras válidas pela regra de reconhecimento, propõe que, ao lado das regras, os princípios também encontram validade dentro do sistema jurídico, por sua aplicação por autoridades (*official acts of legal institutions*).¹⁵⁸

DWORKIN destaca, também, que, em caso de conflito entre princípios e regra, a solução perpassará a análise da prevalência do princípio, que terá mais “peso” para o caso concreto. E diante disso, a aplicação de um princípio não implica necessariamente a invalidade da outra, a regra. Mas a diferença central do princípio em relação à regra, segundo DWORKIN, é o fato de a regra ser aplicada por um modelo de “tudo ou nada”, ou seja, a presença dos pressupostos fáticos por ela previstos confirma sua validade; caso contrário não há sua incidência.¹⁵⁹

¹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, jan./jul. 2003. p. 607. “O conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina”.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, jan./jul. 2003. p. 607-609.

¹⁵⁸ “Moreover, the techniques we apply in arguing for another principle do not stand (as Hart’s rule of recognition is designed to) on an entirely different level from the principles they support. Hart’s sharp distinction between acceptance and validity does not hold. [...] But we should also cite other general principles that we believe support that practice, and this introduces a note of validity into the chord of acceptance. [...] but in terms of each other and in terms of the implications of trends of judicial and legislative decisions, even though this last would involve appealing to those same doctrines of interpretation we justified through the principles we are now trying to support. At this level of abstraction, in other words, principles rather hang together than link together. So even though principles draw support from the official acts of legal institutions, they do not have a simple or direct enough connection with these acts to frame that connection in terms of criteria specified by some ultimate master rule of recognition. Is there any other route by which principles might be brought under such a rule?” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: The Belknap Press, 2006. p. 41).

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 43, 24.

Já ROBERT ALEXY entende que tanto regras quanto princípios são normas, visto que ambos dizem aquilo que deve ser (prescritivos).¹⁶⁰ ALEXY discorre sobre vários critérios para a distinção entre regra e princípios, sendo o da generalidade utilizado com mais frequência.

Por esse critério da generalidade, “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. ALEXY menciona dois exemplos: i) norma que garante liberdade de crença; ii) norma que prevê o direito de todo preso poder converter outros à sua crença. O primeiro exemplo tem grau de generalidade relativamente alto, e o segundo demonstra generalidade relativamente baixa.¹⁶¹

Por seu turno, J.J. GOMES CANOTILHO explica que a tarefa de distinguir regras de princípios é particularmente complexa e sugere alguns critérios: primeiro, a abstração ou grau de elevação de um e de outra, sendo de abstração maior para os princípios, e reduzida em relação às regras; segundo, o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, em que os princípios, por serem mais amplos, “carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz)”,¹⁶² enquanto as regras têm aplicação direta; terceiro, o caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do Direito, conforme o qual os princípios exercem papel fundamental no sistema jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes; quarto, a “proximidade” da ideia de Direito, de acordo com a qual os princípios são *standards* “juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de Direito’ (Larez); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; por fim, a natureza normogenética, pela qual princípios são fundamentos de regras, ou seja, são normas que compõem a base das regras jurídicas (função fundante).

CANOTILHO ainda afirma que a distinção entre regras e princípios pode se dá, entre outros, pelos seguintes aspectos: i) “os princípios são normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização”;¹⁶³ ii) as regras são normas que prescrevem “imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida”.¹⁶⁴

O que se verifica, nas três posições teóricas descritas, é a conciliação do entendimento quanto aos graus de abstração e de generalidade do princípio, sendo esse relativamente elevado em relação às regras.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87.

¹⁶¹ Idem. *Ibidem*.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.1160

¹⁶³ *Ibidem*, p.1161.

¹⁶⁴ Idem. *Ibidem*.

3.2 O *stay period* e a decisão do Superior Tribunal de Justiça: tensão teórica e desdobramentos práticos

Após a Lei n. 11.101, de 2005, como já foi dito, algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais surgiram em relação a suas disposições,¹⁶⁵ mormente a do § 4º do art. 6º, que estabelece a suspensão de ações e de execuções de empresas em crises, o que é chamado de *automatic stay* ou *stay period* no ordenamento jurídico dos Estados Unidos.¹⁶⁶

Os embates sobre esse conteúdo recaem sobre a possibilidade de prorrogação do *stay period*, ante a previsão taxativa consignada na frase “em hipótese nenhuma a suspensão excederá o prazo improrrogável de 180 dias”. Inclusive, há uma redundância implícita entre a taxatividade e a qualificação do prazo, o que retira do operador do Direito o entendimento de que se trata, apenas, de assertividade. Também nesse ponto, a lei brasileira mantém clara a distinção relativa ao estabelecido no citado *Chapter 11* da lei estadunidense, que não estabelece prazo (U.S.C. § 362[e]).

É que, apesar dos termos da norma (“em hipótese alguma” e “improrrogável”), o STJ, em 2008, concluindo que o § 4º do art. 6º da Lei 11.101 devia ser interpretado em “termos sistêmicos”, avançou/inovou com a possibilidade de prorrogação do *stay period* com base na interpretação principiológica (princípio da continuidade da empresa).¹⁶⁷

A propósito da comparação com o ordenamento estadunidense, segundo RICARDO NEGRÃO,¹⁶⁸ não há como precisar a data em que a expressão “preservação da empresa” foi introduzida na literatura jurídica nacional; há indicações de que tenha surgido em litígios de dissolução de sociedades.¹⁶⁹

A controvérsia sobre a aplicação da regra do art. 6º, § 4º, surgiu pela primeira vez no julgamento do Conflito de Competência n. 79.170/SP (caso da Viação Aérea São Paulo –

¹⁶⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006. p. 68. Nos Estados Unidos, consta o *Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code*: “*The singular success of bankruptcy law is the creation of a reorganization procedure for saving business that would otherwise die*”. WARREN, Elizabeth. *Chapter 11: reorganizing American businesses*. New York: Aspen Publishers, 2008. (Essentials). p. 2.

¹⁶⁶ EPSTEIN, David G. *Bankruptcy and related law in a nutshell*. 6. ed. St. Paul: West Group, 2002. p. 149; TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*. New York: Foundation Press, 1997. p. 170.

¹⁶⁷ STJ – CC 79.170/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10.9.2008, dje 19.9.2008; STJ- AgInt nos EDcl no REsp 1323788/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016 ; STJ- REsp 1610860/PB, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; STJ- AgInt no REsp 1717939/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018; STJ - AgInt no CC 159.480/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 25/09/2019, DJe 30/09/2019.

¹⁶⁸ NEGRÃO, Ricardo. *Preservação da empresa*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 11.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 12. “Há trinta anos, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Cordeiro Guerra já se debruçava sobre essa mesma matéria, invocando a preservação da empresa como fundamento à continuidade da atividade econômica, mesmo que sob nome individual [...]”.

VASP),¹⁷⁰ julgado em 2008. O Ministro relator CASTRO MEIRA, do STJ, em suas razões, defendeu o entendimento de que a *mens legis* desse dispositivo “é no sentido de assegurar aos credores o direito de dar prosseguimentos aos seus pleitos individuais após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data em que deferido o processamento da recuperação judicial”. Embora as razões aparentem um viés protetivo aos credores, o julgador afirmou que o respectivo conteúdo deveria “ser interpretado em termos sistêmicos com os demais preceitos da Lei”. A interpretação iria ao encontro do estabelecido no art. 47 e sua finalidade de “preservar a supremacia do interesse público sobre o privado”.^{171/172}

Outra razão do julgador no referido processo foi o entendimento anteriormente firmado pelo próprio STJ, no Conflito de Competência n. 73.380/SP, julgado em 2007 (caso da empresa anterior), relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, segundo o qual o mero transcurso do prazo do *stay period* não implicava a retomada automática de execuções individuais.¹⁷³ Concluindo, o julgador assentou a aplicação principiológica ao caso sob o fundamento de que “o princípio da continuidade da empresa ajusta-se ao interesse coletivo por importar, dentre outros benefícios, em geração de empregos, pagamento de impostos e no desenvolvimento das comunidades”.

Nessa oportunidade, portanto, o STJ afirmou, de forma expressa, o afastamento da aplicação “literal” da regra contida no art. art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.105, de 2005. O fundamento foi o de que o destino do patrimônio da ré em processo de recuperação judicial não podia ser

¹⁷⁰ STJ – CC 79.170/SP. Primeira Seção, julgado em 10.9.2008, dje 19.9.2008.

¹⁷¹ STJ, op. cit., p. 5.

¹⁷² CARVALHO, William Eustaquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: GOULART, Eduardo et al. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 182. “Na perspectiva da Recuperação Judicial, tal princípio encontrou acolhida no artigo 47 da Lei 11.101/05, refletindo a opção do legislador em dar consistência normativa ao fato de que a empresa é um importante agente no cenário sócio-econômico brasileiro [...] A noção trazida nesse artigo está intimamente relacionada com a concepção fixada pelo Direito Francês que busca separar a sorte da empresa dos seus dirigentes e ressaltar sua importância no contexto social. A empresa, de acordo com essa premissa, é organismo autônomo e independente da pessoa de seus dirigentes, o que evidencia a superação da idéia de que o destino da empresa está relacionado com o das pessoas que a fundaram ou que a geriram ou que a ela se vincularam como sócios ou acionistas”.

¹⁷³ O trecho citado no acórdão em análise foi: “Ora, uma vez aprovado e homologado o plano, contudo, não se faz plausível a retomada das execuções individuais após o mero decurso do prazo legal de 180 dias; a consequência previsível e natural do restabelecimento das execuções, com penhoras sobre o faturamento e sobre os bens móveis e imóveis da empresa em recuperação implica em não cumprimento do plano, seguido de inevitável decretação da falência que, uma vez operada, resultará novamente na atração de todos os créditos e na suspensão das execuções individuais, sem benefício algum para quem quer que seja”. CC 73.380/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2007, DJe 21/11/2008. Outro fundamento adotado, por razões de máxima de experiência do julgador, assim foi pronunciado: “Se, a *contrario sensu*, as execuções trabalhistas forem retomadas, prevalecerão os princípios do “salve-se quem puder” e do “leva quem chegar primeiro”, na expressão do Juízo Suscitado, o da Recuperação, sendo beneficiados os que buscaram o Judiciário em primeiro lugar ou aqueles cujas ações tiveram um trâmite mais acelerado, em prejuízo de toda a classe e da repartição proporcional dos créditos apurados. [...] Na espécie, o interesse público reside na manutenção das atividades empresariais e na tentativa de pagamento proporcional aos credores, que se encontrem na mesma classe e não, na busca das realizações individuais, com prejuízo da coletividade pelos não satisfeitos”.

afetado por decisões prolatadas por juízo diverso daquele competente para a recuperação. Não sendo assim, prejudica-se o funcionamento da empresa e compromete-se o sucesso do plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, com violação ao princípio da continuidade da empresa.

A diferença entre os exatos termos da regra do art. 6º, § 4º, da Lei de Recuperação Judicial e a conclusão do STJ, ao adotar o princípio do art. 47, densifica a teia de controvérsias e polêmicas sobre o desiderato do instituto *stay period*.¹⁷⁴ Com isso, potencializa-se a tensão entre regra e princípio no âmbito do Direito Empresarial, na medida em que, enquanto a doutrina¹⁷⁵ e a legislação caminham em um passo, os julgados do Poder Judiciário pátrio seguem em outra direção, ressaltadas posições distintas de outros tribunais.¹⁷⁶

Tal tensão também é verificada em outros temas da Lei n. 11.105, de 2005, como a concessão de recuperação judicial a entidades que não se enquadram no conceito de empresário¹⁷⁷ ou sociedade empresária nos termos do seu art. 1º. É o caso da admissão de procedimento falimentar de associações desportivas e associações religiosas, as quais, pela aplicação ampliada do rol, têm se beneficiado do *stay period*.¹⁷⁸

No âmbito do STJ, no qual se verifica, de forma inaugural, o afastamento da regra mercantil pormenorizada e a priorização da aplicação principiológica, percebe-se que as razões eleitas pelo julgador perpassam tanto o ideário da interpretação sistêmica do arcabouço jurídico do Direito Falimentar quanto a fixação expressa do princípio da preservação da empresa.

Como se viu, o STJ concluiu pela viabilidade de prorrogação da cláusula de *stay period*. A aplicação do princípio da preservação da empresa, em conjunto com a ausência de desídia do

¹⁷⁴ AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE. *Perception and reality: American Bankruptcy Institute Survey on selected provisions of the 1984 – amendments to the bankruptcy Code*, Washington: ABI, 1987. p. 45-46.

¹⁷⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 93.

¹⁷⁶ "A eficácia do instituto da recuperação judicial depende da segurança jurídica e, para tanto, observa-se a necessidade de cautela na flexibilização de dispositivos legais concedida no Juízo Recuperacional [...]. Permitir a inobservância dos dispositivos legais significa validar recuperações fracassadas. [...] Atualmente, estamos diante de uma relativização construída jurisprudencialmente. Ainda assim, por refletir uma faculdade admitida pela jurisprudência, só deve ser aplicada em circunstâncias excepcionais muito bem fundamentadas". (TJSP. Agravo de Instrumento 2282337-33.2020.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 31/03/2021)

¹⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. A *fattispecie* "empresários" no Código civil de 2002. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 45, p. 7-15, out./dez. 2006. p. 15.

¹⁷⁸ "Não é um precedente isolado de decisão contra a lei: já deferiram o processo em favor de cooperativas, fundações educacionais e sabe Deus o que mais. Mas não há lei que o permita. A cada momento, um tribunal estica a lei para onde o legislador não a levou. Quem será, entre os órgãos da República, que irá colocar um limite nesta história? Quem dirá até onde essa extensão irá? [...] Como é possível ter alguma certeza, alguma segurança, quando cada um estica conceitos jurídicos ao seu alvedrio? Sem parâmetros, só há dúvidas: o Judiciário se torna um porteiro arbitrário a dizer: você entra, você não. É um bom momento para se falar sobre teoria jurídica: o momento da incerteza". (MAMEDE, Gladston. *O risco dos juízes criativos*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/04/23/juizes-criativos-recuperacao-empresas/>. Acesso em: 25 abr. 2021.)

devedor quanto ao plano de recuperação, prevaleceu em face da regra que dispunha, de forma inequívoca, a não prorrogação do prazo de 180 dias.

Diante disso, duas seriam as alternativas dos agentes de mercado: seguir a regra mercantil, ante a ausência de precedente vinculante e de declaração de inconstitucionalidade da norma; ou comportar-se conforme o entendimento pulverizado nos julgados do STJ, no sentido da possibilidade de prorrogação.¹⁷⁹

No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT),¹⁸⁰ constatou-se, após análise de julgados no período de 2018 a 2021, que a aplicação do entendimento do STJ se deu pela subsunção ou, de acordo com a doutrina, por aplicação tipológica do precedente.¹⁸¹ Em outras palavras, não foram consideradas outras razões, como a primazia da regra, ou se o devedor, ao menos, exercia atividade empresarial com capacidade de recuperação. Alguns julgados nesse sentido podem ser citados.

Em novembro de 2021, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0727908-87.2021.8.07.0000182, de relatoria do Desembargador RÔMULO DE ARAÚJO MENDES, o recorrente, um dos credores, buscava evitar “nova suspensão da execução até que ocorra a Assembleia Geral dos Credores no bojo da recuperação judicial das executadas, em razão do prejuízo ocasionado aos credores”. Ou seja, naquela espécie, a prorrogação do *stay period*

¹⁷⁹ Quanto às classificações de precedentes (obrigatórios ou persuasivos), cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 49, p. 11-58, 2009.

¹⁸⁰ Não foi constatado nenhum julgado do TJDFT afastando a aplicabilidade do entendimento do STJ no que concerne à prorrogação do *stay period*.

¹⁸¹ “ Os tipos, portanto, podem ser entendidos como formas de ordenação da realidade em estruturas ou esquemas representativos do que é essencial entre os elementos que se põem ao conhecimento. [...] Não obstante a diversidade no tratamento doutrinário acerca do tipo, parece irrecusável – como, aliás, já adiantado – nele estar presente a ideia de modelo. Esse é, sem dúvida, o significado que – embora entre outros – invariavelmente apresentam os léxicos, como também é no sentido que – não sem ressalvas ou de modo uniforme – está presente na doutrina. Nesta, em verdade, há o reconhecimento de que o tipo, por ser figura complexa e pluriforme, não enseja visão unidimensional, sendo conceito relativo – aferível tão-somente em face de terminado contexto”. (YARSHEL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 38-39). Quanto ao ponto, merece registro o magistério de Antônio do Passo Cabral: “O raciocínio tipológico, portanto, admite ao mesmo tempo abstração e concretude: o tipo contém algo de geral que há em toda situação singularizada, até porque a ordenação de dados similares forma o quadro-padrão, mas também se recompõe a partir da imagem global do conjunto. [...] Ao contrário do conceito, o tipo aglomera o comum e o diferente ao invés de abstraí-los ou os rejeitar”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 96. No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão: “o pensamento tipológico contrapõe tipo e conceito, porque o tipo evita a rigidez do conceito. O tipo tem fronteiras por natureza fluidas. Resulta da descrição de um elenco de características relevantes, mas as figuras reais podem reunir um número maior ou menor dessas características, sem deixarem de poder se referir a ele. Pelo contrário, um conceito é definido, e as figuras que não possam subsumir-se à definição não pode integrar-se no conceito”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 401-402. Para mais, cf.: KARAM, Munir. *A jurisprudência dos tipos: doutrinas essenciais de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 711-725.

¹⁸² Acórdão 1383520, 07279088720218070000, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 3/11/2021, publicado no DJE: 22/11/2021.

estava sendo dada não em igual período (180 dias), mas até que ocorresse a Assembleia Geral de Credores, logo, sem prazo definido.

A vigência era a da Lei n. 14.112, de 2020,¹⁸³ e, ainda assim, o Tribunal de Justiça concluiu pela manutenção da prorrogação, independentemente da literalidade do art. 6º, § 4º, da Lei de Recuperação Judicial. O fundamento foi de que as jurisprudências do STJ e do próprio Tribunal admitiriam a possibilidade de prorrogação do *stay period*, mesmo após o transcurso do prazo previsto, “levando-se em consideração [...] as peculiaridades do caso concreto, bem

¹⁸³ O ponto é relevante pelo fato de que a nova regra admite a prorrogação uma única vez, de forma excepcional, pelo mesmo período. No caso, o novo regramento não foi observado em razão do fato de que a prorrogação foi permitida até a celebração da assembleia geral de credores implicando período indeterminado de prorrogação. É justamente nesta questão que Fernando Pompeu Luccas antecipou crítica: “Diante de todos esses pontos, o que se vê é que o uso do novo dispositivo poderá ter o mesmo destino do antigo, ignorando-se o ponto de se poder prorrogar o prazo apenas por uma única vez”. LUCAS, Fernando Pompeu. A permissão de prorrogação do *stay period* proveniente da Lei 14.112/2020. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CANTO, Jorge Luiz Lopes do; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Moderno direito concursal: análise plural das Leis n. 11.101/05 e n. 14.112/20*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p.123-138. p.133. Em sentido diverso, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia preservou a aplicação da nova regra: “Verifica-se dos autos que o Banco Bradesco questionou a nova prorrogação do prazo de blindagem de 180 dias, concedido as empresas [...]. Tem-se que o art. 6º, § 4º, da Lei n. 14.112/2020, que alterou o disposto na Lei 11.101/05 (LRF), fez constar que “Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do *caput* deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.” (g.n.) A norma é expressa quanto à prorrogação, a qual somente ocorrerá uma única vez e em caráter excepcional, quando o devedor não houver contribuído ao atraso no processamento da demanda. Observa-se que em 22/04/2020 foi concedido prazo de blindagem de 180 dias (ID. 37688422, vol.1), e prorrogado por mais 180 dias conforme decisão de 16/10/2020 (ID. 49730287), a qual confirmada por meio do agravo de instrumento 0802033-09.2021.8.22.0000. Ocorre que o pedido de nova prorrogação do prazo de blindagem contraria a norma expressa que prevê que esta somente pode ser efetuada uma única vez, sendo o prazo máximo de blindagem de 360 dias, o qual já transcorrido” AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo n. 0810820-27.2021.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Alexandre Miguel, Data de julgamento: 17/04/2022. Em outra oportunidade, manteve o mesmo entendimento: “Inicialmente, quanto ao pedido de prorrogação do prazo de suspensão (ID 56994342) necessário esclarecer que não há nos autos qualquer demonstração que a parte tenha criado situações protelatórias, merecendo pois acolhida os motivos elencados no ID [...]. O comando contido no § 4º do art. 6º da Lei 11.101/05, tem sido relativizado pela jurisprudência quando demonstrada a necessidade da medida para o sucesso da recuperação, bem como quando não evidenciada a culpa da empresa recuperanda pelo atraso no deslinde do feito [...] O legislador foi enfático ao admitir a prorrogação do prazo de blindagem uma única vez e pelo período de 180 (cento e oitenta dias), período que sequer se admitia a prorrogação. A agravada já foi agraciada com a prorrogação, que deu após a edição da Lei 14.112/2020 e, por mais que o mundo ainda atravessa uma pandemia em saúde pública, não se pode utilizar esta justificativa, especialmente em razão de que as atividades agrícolas não sofreram solução de continuidade, para se admitir a concessão de um segundo período à agravante, negando vigência a texto expresso em lei federal. A relativização do § 4º do art. 6º da Lei 11.101/2005, citada na decisão agravada, ocorria quando a norma não admitia a prorrogação. Agora que a norma admite a prorrogação e esta já foi conferida a agravada, não tem que se falar em relativizar, novamente, o texto da lei”. AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo n. 0806379-03.2021.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Isaias Fonseca Moraes, Data de julgamento: 28/10/2021.

como o princípio da preservação da empresa”.¹⁸⁴ Com efeito, prevaleceu, nesse precedente, a aplicação principiológica em face da disposição literal do artigo de lei.

Em outro momento, na apreciação do Recurso n. 0714793-33.2020.8.07.0000185, em setembro de 2020, de relatoria do Desembargador ANGELO PASSARELI, o mesmo Tribunal de Justiça enfrentou a prorrogação do *stay period*, conferida pelo juízo de 1º grau, até a realização da segunda assembleia geral de credores no bojo do processo de recuperação judicial.

Da mesma forma que no primeiro julgado referido, o entendimento foi de que a jurisprudência do “Superior Tribunal de Justiça e desta egrégia Corte de Justiça admite a possibilidade de prorrogação do *stay period* mesmo após o transcurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias”, considerando as peculiaridades do caso concreto, “bem como do princípio da preservação da empresa”.¹⁸⁶ Negou-se, assim, provimento ao recurso com suporte nessas razões de ordem principiológica.

Em 2018, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), nos autos do processo n. 0713547-07.2017.8.07.0000187, com relatoria do Desembargador ESDRAS

¹⁸⁴ O julgado do Superior Tribunal de Justiça utilizado como fundamento foi seguinte: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INCONFORMISMO DA AGRAVANTE. 1. As questões postas em discussão foram dirimidas pela Corte Estadual de forma suficiente, fundamentada e sem omissões, devendo ser afastada a alegada violação ao artigo 1.022 do CPC/15. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela casa bancária, decidindo de modo integral a controvérsia posta. 2. É assente a orientação jurisprudencial da Segunda Seção desta Corte no sentido de admitir a prorrogação do prazo de que trata o artigo 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial), o qual determina a suspensão do curso da prescrição, bem como de todas as ações e execuções em face do devedor pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, consoante as peculiaridades do caso concreto. Incidência do enunciado contido na Súmula 83/STJ. 3. Agravo interno desprovido.” (STJ – AgInt no AREsp 1356729/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2019, Dje 11/10/2019).

¹⁸⁵ Acórdão 1282074, 07147933320208070000, Relator: ANGELO PASSARELI, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 9/9/2020, publicado no DJE: 23/9/2020.

¹⁸⁶ No caso, além do precedente acima, foi elencado como fundamento o seguinte: “AGRAVO INTERNO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. BEM OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BEM ESSENCIAL AO CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRAZO DE SUSPENSÃO. CENTO E OITENTA DIAS. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. 1. Há conflito positivo de competência quando, em que pese o deferimento do pedido de recuperação judicial da agravada, bem como a declaração de essencialidade dos bens objeto de alienação fiduciária, outro juízo determina a busca e apreensão dos referidos bens. 2. Ainda que se trate de créditos garantidos por alienação fiduciária, compete ao juízo da recuperação judicial decidir acerca da essencialidade de determinado bem para fins de aplicação da ressalva prevista no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, na parte que não admite a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial (CC 121.207/BA, Segunda Seção, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 13.3.2017). 3. A suspensão das ações individuais movidas contra a recuperanda pode exceder o prazo de 180 dias caso as instâncias ordinárias considerem que tal prorrogação é necessária para não frustrar o plano de recuperação. 4. Agravo não provido”. (STJ - AgInt no CC 159.480/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 30/09/2019).

¹⁸⁷ Acórdão 1076437, 07135470720178070000, Relator: ESDRAS NEVES, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 21/2/2018, publicado no PJe: 23/2/2018.

NEVES, seguiu a conclusão dos demais julgados. Acresceu às razões, além dos precedentes do STJ,¹⁸⁸ a motivação da lei de que os princípios da continuidade da empresa e de sua função social¹⁸⁹ permitiam “a manutenção da fonte produtora, dos empregos, e do interesse dos credores em ver suas dívidas salgadas, em consonância com a dicção do artigo 47, da Lei n. 11.101/2005”. Chancelou-se, conforme o precedente, a interpretação “sistemática das normas da Lei de Recuperação Judicial e Falência e dos princípios de continuidade da empresa”.

Ressalta-se que os julgados referidos não são casos isolados no âmbito do TJDF. No período citado, entre 2018 e 2021, percebe-se que prevaleceu, unanimemente, o entendimento pela possibilidade da prorrogação do *stay period*. O TJDF seguiu a linha dos julgados do STJ, que esteiam seus fundamentos nos princípios da preservação da empresa e da função social.¹⁹⁰

A propósito, segundo NELSON ABRÃO,¹⁹¹ antes mesmo da formatação e da promulgação da Lei n. 11.101, de 2005, já havia a preocupação de se preservar a empresa com alicerce na função social da propriedade. Indo além, o legislador, buscando o favorecimento do interesse

¹⁸⁸ O julgado cita que “a jurisprudência pátria vem admitindo a mitigação da restrição de improrrogabilidade do *stay period* em nome dos princípios da continuidade da empresa e de sua função social” e colaciona o julgado do Superior Tribunal de Justiça de relatoria da Min. Nancy Andrichi: “[...] 4- O mero decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da LFRE não é bastante para, isoladamente, autorizar a retomada das demandas movidas contra o devedor, uma vez que a suspensão também encontra fundamento nos arts. 47 e 49 daquele diploma legal, cujo objetivo é garantir a preservação da empresa e a manutenção dos bens de capital essenciais à atividade na posse da recuperanda. Precedentes. 5- O processo de recuperação é sensivelmente complexo e burocrático. Mesmo que a recuperanda cumpra rigorosamente o cronograma demarcado pela legislação, é aceitável supor que a aprovação do plano pela Assembleia Geral de Credores ocorra depois de escoado o prazo de 180 dias. 6- Hipótese em que o Tribunal de origem assentou que a prorrogação é necessária e que a recorrida não está contribuindo, direta ou indiretamente, para a demora na realização da assembleia de credores, não se justificando, portanto, o risco de se frustrar a recuperação judicial pela não prorrogação do prazo. 7- A análise da insurgência do recorrente, no que se refere à existência ou não de especificidades que autorizam a dilação do prazo de suspensão das ações e execuções em trâmite contra a recorrida, exigiria o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pelo enunciado n. 7 da Súmula/STJ. 8- Recurso especial não provido”. (REsp 1610860/PB, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

¹⁸⁹ Em contraponto: “[...] essa visão de função social da empresa, ainda assim, não conduz à criação, no exame dos enunciados prescritivos enunciados, de um princípio da preservação da empresa. A função social da empresa é objetivo do processo recuperatório e não guarda relação de paternidade com um princípio da preservação da empresa. Sabe-se que todas as atividades econômicas desempenham função social, mas nem todas elas, empresárias ou não, podem agir em juízo na busca da solução da crise econômica-financeira que possa se instalar, nem haverá necessariamente a preservação da empresa para aqueles devedores a quem se permite a via recuperatória, mesmo se o processo recuperatório vier a ser instaurado”. (NEGRÃO, op.cit., p.134).

¹⁹⁰ RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. A função social da propriedade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 38, p. 121-134, 1. sem. 2010. p. 125-126. “[...] a propriedade da CF/88 na antevisão de Erbert Chamoun ‘sem deixar de ser um direito subjetivo, um ‘jus’, deve ser considerada sobretudo um ‘munus’, um poder que se exprime simultaneamente num direito e num dever’. Isso resume – e bem- no ensinamento de Miguel Reale que preconizava na gestação do CC/02 ‘um conceito de propriedade, com base no princípio constitucional de que a função da propriedade é social, superando-se a compreensão romana quiritária da propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário e do possuidor’”. Cf.: Acórdão 1363876, 07277653520208070000, Rel. ARNOLDO CAMANHO, 4ª Turma Cível, julgamento: 12/8/2021, DJE: 25/8/2021; Acórdão 1111064, 07131686620178070000, Rel. GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7ª Turma Cível, julgamento 18/7/2018, DJE: 2/8/2018.

¹⁹¹ ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.11.

geral,¹⁹² não previu eventual conflito entre o sentido de preservação da empresa e a utilização indevida dos instrumentos de recuperação.

Sobre esse primeiro ponto, de acordo com WALDO FAZZIO JUNIOR,¹⁹³ o Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, pautou-se em um modelo de empresa próprio da economia nacional defasada e concebeu o crédito como simples relação obrigacional, renegando os efeitos da insolvência no mercado. Para CARVALHO, desde esse Decreto, já se verificava um certo distanciamento entre o ato de preservar a empresa em crise e a adequabilidade da legislação apta a possibilitar essa preservação.¹⁹⁴ Eram noções diferentes das que embasaram o sistema recuperacional previsto na Lei n. 11.101, de 2005.¹⁹⁵ Quanto ao segundo ponto, para ABRÃO, a utilização dos remédios em favor da coletividade não teria o condão de impedir que o benefício favorecesse, na maioria dos casos, empresas já não recuperáveis, em vias de liquidação.

Igualmente, um dos motivos elencados pelo STJ para ratificar a aplicação do princípio da preservação da empresa – “geração de empregos, pagamento de impostos e no desenvolvimento das comunidades” – havia sido abordado antes da promulgação da referida lei de 2005. No parecer do Senador TEBET sobre o Projeto de Lei Complementar n. 71, de 2003, verifica-se a necessidade de se estabelecerem condições para manter ativas as empresas viáveis, destacando-se a importância de os trabalhadores não serem “vitimados pelo efeito social mais deletério das falências: o desemprego que decorre da desintegração pura e simples de empresas falidas”.¹⁹⁶

¹⁹² Idem. Ibidem.

¹⁹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 17.

¹⁹⁴ CARVALHO, William Eustáquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: GOULART, Eduardo et al. *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 181; MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 21-45.

¹⁹⁵ GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 271-272. “Diante disso, é evidente que a falência deverá representar uma solução de pagamento aos credores (sob a óptica da satisfação de seu crédito), mas não apenas isso; poderá constituir-se como alternativa de preservação da atividade econômica, eis que, sem dúvida, esse é um dos fundamentos da lei brasileira. Busca-se, na falência, a tutela dos interesses que gravitam em torno da ‘empresa’, como a manutenção da fonte produtora dos empregos e da própria cadeia produtiva a benefício do tráfico mercantil. Finalmente, para o devedor, a falência constitui meio de obtenção da extinção de suas obrigações, conforme artigo 158 da lei”.

¹⁹⁶ Rememore-se que coube ao Senador Tebet redigir a versão final que culminou, a partir do substitutivo do PL n. 4.376-G, no art. 47 da Lei n. 11.101 de 2005. TEBET, Ramez. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3499286&ts=1543124866977&disposition=inline> . Acesso em: 15 mar. 2022. Nesse sentido, William Eustáquio de Carvalho ilustra que a “recuperação de empresas inaugura uma tentativa maior do que simplesmente a defesa de interesses de poucos grupos, visando a recompor a empresa para garantir o trabalho a inúmeras pessoas, sem o qual resta-lhes-ia furtado o mínimo existencial” e expõe que “a ponderação de valores em jogo aponta um duelo entre interesses de credores vs. a dignidade consubstanciada no trabalho e todos os

Há muito a doutrina, de forma igual ao estabelecido pelo STJ, reconhece o princípio da preservação da empresa como corolário de sua função social, sendo o ponto mais importante na interpretação da recuperação judicial.¹⁹⁷ Trata-se de um princípio oriundo do objetivo principal do direito recuperacional,¹⁹⁸ qual seja, a recuperação de empresas viáveis.

Acrescenta-se que o Direito Falimentar brasileiro não indica que toda empresa merece ser preservada. Não há, “no Direito brasileiro, ou em qualquer outro dos que temos notícia, um princípio da ‘preservação da empresa a todo custo’”.¹⁹⁹ Para RICARDO NEGRÃO, a preservação da empresa (recuperação propriamente dita) surge como decorrência do procedimento recuperatório instaurado e não como princípio a incidir sobre situações de conflito.²⁰⁰ Do ponto de vista doutrinário, é uma possibilidade substanciar o princípio da preservação da empresa como vetor para o próprio procedimento recuperacional, não como instrumento para afastar previsões normativas específicas no caso de conflitos entre os atores do processo.

No processo legislativo de formatação da Lei 11.101, do qual participou a Emenda 06 de 1994, do deputado federal AMARAL NETO, já se identificava a preocupação com os prejuízos que os credores poderiam ter. Expõe o autor que os benefícios que o projeto pretendia conceder seriam “pesadíssimos para os credores”. Ele explicou, ainda, que a elevação do desemprego seria a consequência “mais grave desse desestímulo à economia, com repercussão em queda nos investimentos e redução de concessão de créditos”.²⁰¹

A despeito do entendimento exposto na referida Emenda, a doutrina comercial, com base na análise do interesse dos credores, contribui com outra perspectiva, qual seja, o receio da ocorrência de falências em cadeia. Segundo JUAN ESTEBAN PUGA VITAL, se um devedor atuante na economia vier a falir, sua quebra pode afetar negativamente o desempenho macroeconômico,

interesses que gravitam em torno da manutenção da empresa, exigindo-se que se opte pela segunda via sempre que constatada a viabilidade de uma determinada empresa em um caso concreto”. (CARVALHO, William Eustaquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: GOULART, Eduardo *et al.* *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 193).

¹⁹⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011, v. 3. p. 50.

¹⁹⁸ DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio da conservación de la empresa en la ley concursal*. Madri: Civitas, 2006. p. 33. Ainda sobre o tema, assim assenta a autora: “*La Ley Concursal recupera la satisfacción de los acreedores como finalidad del procedimiento, pero sin que por ello sea ajena a las ventajas que tanto para los acreedores como para el resto de intereses afectados por la crisis pueden derivarse de la conservación de la estructura empresarial*”. DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio da conservación de la empresa en la ley concursal*. Madri: Civitas, 2006. p. 23.

¹⁹⁹ NEGRÃO, Ricardo. *op.cit.*, p. 34.

²⁰⁰ NEGRÃO, Ricardo. *op.cit.*, p. 43.

²⁰¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados de 3 de dezembro de 1999, p.61. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1999SUP.pdf#page=558>. Acesso em: 15 de março de 2022.

o que pode significar insolvências e falências em cadeia. Tais eventos fomentariam uma distorção no mecanismo de circulação de riquezas.²⁰²

Nessa perspectiva, a possibilidade de uma empresa falir e de provocar, também, o fechamento de outras, suas fornecedoras exclusivas ou subcontratadas, aumentaria a preocupação com a manutenção das fontes produtoras.²⁰³ Isso, mesmo contra o interesse dos credores. Infere-se, então, num outro sentido do princípio da preservação da empresa, que a existência do devedor sobreleva o interesse do credor, mais que a satisfação de seu crédito.²⁰⁴

Já no âmbito do Direito Comparado, percebe-se uma preocupação institucional e procedimental mais acentuada para tratar casos em que a empresa recuperanda goza de representatividade substancial na esfera da sociedade. Em países como França e Itália, a preocupação com o insucesso do plano de recuperação – que pode causar maiores danos sociais, mesmo satisfazendo os créditos dos credores – sempre guia as soluções adotadas, norteando as decisões que envolvem o procedimento recuperacional.

Nesse sentido, ADRIANA PUGLIESI,²⁰⁵ ao analisar o sistema falimentar italiano e o francês, afirma que o primeiro manteve um procedimento administrativo denominado *amministrazione straordinaria delle grandi impre in crisi*, rito previsto apenas para grandes empresas, e que

²⁰² “tratándose de una deudor de entidad relativa en la economía... pueden incidir negativamente, con mayor o menor fuerza, en el funcionamiento macroeconómico, poniendo en jaque así al sistema crediticio en particular, considerando el fenómeno que hemos denominado de la concatenación de patrimonios lo que en concreto puede significar un sinnúmero de quiebras o insolvencia en cadena; y al mercado en general, pues de algún modo el quebrado producirá una distorsión de este mecanismo de circulación de la riqueza”. RICHARD, Efraim Hugo. *Perspectiva del derecho de la insolvencia*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010. p.38.

²⁰³ RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi da. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. *Prisma Jurídico*, v. 13, n. 1, p. 271-302, jan./jun. 2014. p. 294.

²⁰⁴ Rafael Peteffi e Adriana Santos Rammê apontam cinco ângulos em que o princípio da empresa visa amparar o interesse da sociedade: “Assim, pode-se acentuar que o interesse da sociedade que o princípio da preservação da empresa visa amparar, afora o intento lucrativo dos sócios e/ou investidores, pode ser visto por cinco ângulos: i) o dos empregados, ii) o do mercado,³⁶ iii) o do conjunto de credores/fornecedores, iv) o dos consumidores e v) o do Estado, na função de arrecadador de tributos, de implementador de desenvolvimento nacional e de protetor dos outros quatro interessados. Embora sejam ângulos de interesses que se confundem e se misturam, eis que os empregados e demais credores da empresa, sob outro viés também são consumidores, e embora seja de toda a sociedade e não só do Estado o interesse pela manutenção do mercado competitivo e pelo desenvolvimento nacional, eles podem ser analisados separadamente, para melhor visualização”. (RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi da. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. *Prisma Jurídico*, v. 13, n. 1, p. 271-302, jan./jun. 2014. p. 293).

²⁰⁵ “Note-se, a finalidade claramente buscada por este diploma é a de minimizar os efeitos econômicos e sociais da crise das grandes empresas, colocando em destaque a repercussão social que resultaria da quebra e, evidentemente, reposicionando o interesse principal de tutela jurídica da crise do devedor para além da relação com os credores. No procedimento de ‘Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in crisi’, DL n. 270/1999272, o propósito da preservação da empresa busca a manutenção dos postos de trabalho, pois, como anota Lorenzo Stanghellini, a cessão da empresa ali realizada não tem a intenção de maximização do interesse dos credores com a venda; trata-se de solução diversa daquela prevista nos procedimentos de concordata ou falência, nos quais a alienação do estabelecimento tem por objetivo a melhor realização no interesse dos credores”. (GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 59-60).

eventual quebra resultaria em expressivo impacto social negativo. Já no sistema francês, segundo ela, pela *Ordennance n.67-820 de septiembre de 1967*, havia o procedimento denominado *suspension provisoire des poursuites*, destinado à recuperação do devedor, visto que sua liquidação causaria grave transtorno econômico ou social.

Prosseguindo, PUGLIESI analisa a questão na perspectiva procedimental, com o cotejo entre o sistema francês e o sistema brasileiro acerca da preservação da empresa no Direito Falimentar. Na análise, ficou demonstrada certa superioridade do sistema francês, pelo fato de haver no *plan de cession* obrigatoriedade de se prever, expressamente, como “será realizada a manutenção da atividade e a preservação dos postos de trabalho”. Por tal particularidade, a doutrina francesa teria consagrado a ideia de que “a cessão da empresa na *liquidation judiciaire* não consiste em mera técnica de realização dos ativos, mas em método de preservação da empresa”.²⁰⁶ Nessa direção mesma, o *Enterprise Act 2002* do Reino Unido dispõe de uma sistemática similar, o *out of court administration*.²⁰⁷

No sistema brasileiro, a definição, a aplicabilidade mínima do princípio da preservação da empresa e a ausência de meios expressos para tal –diferentemente do *plan de cession* do sistema francês – tornam genéricas as afirmativas do julgador de que o princípio se sobrepõe à regra. Isso pelo fato de o princípio “importar, dentre outros benefícios, em geração de empregos, pagamento de impostos e no desenvolvimento das comunidades”, ou seja, o interesse social.

²⁰⁶ Idem, p. 270.

²⁰⁷ Pelo que se infere da legislação britânica, a moratória (*moratorium*), similar ao *stay period*, a empresa devedora, por meio de um administrador, deve atender três objetivos, listados em ordem de prioridade: i) resgate da empresa em continuidade; ii) alcançar um resultado melhor para os credores da empresa, como um todo, do que seria provável em uma liquidação se o primeiro objetivo não puder ser alcançado ou alcançar um resultado melhor para os credores como um todo do que o primeiro objetivo; e iii) realizar a propriedade da empresa para distribuição a credores garantidos ou preferenciais, se não for razoavelmente praticável alcançar qualquer um dos dois primeiros objetivos e não prejudicar desnecessariamente os interesses dos credores como um todo. A moratória será, em regra, com prazo de 20 dias úteis, com possibilidade de prorrogação por aceite dos credores ou por aval judicial e a pedido dos credores. Disponível em: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-insolvency-review/united-kingdom-england--wales>. *Enterprise Act*, Anexo B1, parágrafos 43 e 44 e Anexo B1, parágrafo 3. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/part/A1#reference-key-2d593eae2f3cccb39a2961eef842bf2c>.

Nesse sentido, Sandra Frisby dispõe acerca da importância da cláusula *moratorium*: “*The major benefit of collectivity is that it precludes the damaging ‘race to collect’ between creditors, a competition which, if allowed to proceed, would lead to the piecemeal dismantling of the corporate estate. This would have two prejudicial effects, both of which diminish creditor value and, potentially, thwart any rescue attempt. First, to the extent that assets are seized by creditors those assets cannot be put to productive and income-generating use by the company. Secondly, where assets are to be sold, the preservation of synergy between them tends to enhance value, which would be lost if the estate could be taken apart piece by piece by individual execution. This second factor is of even more importance where an attempt to sell the business as a going concern is contemplated. The existence of a moratorium operates to prevent this dispersal and so maximises both value and the possibility of a rescue strategy. Given that collectivity is already a feature of UK insolvency law, one might ask how it is to be further promoted*”. FRISBY, Sandra. In search of a rescue regime: the enterprise act 2002. *The Modern Law Review*, v. 67, n. 2, p. 247-272, 2004. p. 250.

Dessa forma, sem qualquer incursão quanto à viabilidade efetiva da recuperação, afirmativas assim podem configurar um fomento às recuperações fracassadas?²⁰⁸

Neste ponto, é necessário debater o limite da flexibilização da literalidade das normas mercantis. E nesse contexto, surgem questionamentos derivados das questões norteadoras iniciais da pesquisa, ampliando a extensão da problemática levantada: pode o julgador alterar a norma por razões não consideradas pelo legislador? O Direito Empresarial, por seus atributos,²⁰⁹ rechaça a flexibilização de normas literais? Poderia o STJ, pelas funções da regra no sistema jurídico, afastar a regra *stay period* em favor do princípio da preservação da empresa?

A postura institucional adotada pelo STJ e pelo TJDFRJ implica considerar que a teoria do Direito trata, portanto, do estudo teórico de um assunto prático, cujo objetivo é alcançar um entendimento sistemático²¹⁰ e geral do Direito.²¹¹

A revisitação de temas de teoria do Direito, como o positivismo jurídico, permitirá analisar os limites da criação de norma pelo julgador no campo prático,²¹² principalmente em um campo do Direito que exige, de quem o maneja, conhecimentos extrajurídicos (finanças, contabilidade e administração, *e.g.*) para compreender as necessidades próprias da atividade empresarial²¹³ e a função das regras no sistema jurídico.

²⁰⁸ STJ. Acórdão CC n. 79.170/SP, *op. cit.*, p. 5.

²⁰⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 513.

²¹⁰ Cf.: POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed). *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence – Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. vol.11. Nova York: Springer, 2011. p. 565-570; “Em qualquer caso, ademais, a correta compreensão dos institutos de direito vigente não pode se esgotar na análise isolada de textos legais. Pressupõe mais; pressupõe que se insere, a fim de que posas, então, e somente então, ser conhecido em sua inteireza. O estudo das questões de direito demanda, sempre, a interpretação sistemática, interpretação essa que, expandindo-se pelo plano espacial (ou territorial), compreende o direito comparado (o qual, nas palavras de René David, emérito comparatista, constituiria a interpretação sistemática levada às últimas consequências”. Essa mesma análise sistemática, transposta para o plano temporal, abrange o estudo da história do direito”. (ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 131-161. p. 132-133).

²¹¹ MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. 1. ed. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 19; DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p.143-145. Cf.: DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 13.

²¹² DWORKIN descreve que a teoria do direito é a parte geral da decisão judicial, “prólogo silencioso a qualquer decisão jurídica”. DWORKIN, Ronald. *op.cit.*, p. 90.

²¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 21. ed. São Paulo: 2009. p. 24. A respeito da peculiaridade do direito comercial, assim sintetiza Calixto Salomão: “O direito comercial é tradicionalmente considerado um setor dinâmico nos institutos e regras, mas o dinamismo é visto como oriundo da capacidade de transformação e busca por originalidade do meio econômico (e não do direito) — ou seja, o dinamismo dos institutos jurídicos deriva normalmente do ritmo acelerado das mudanças no mundo econômico”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 7).

4 A PRIMAZIA DA REGRA NA ESCOLA POSITIVISTA E A PRORROGAÇÃO DO *STAY PERIOD*

A abordagem de posições teóricas positivistas contemporâneas relativas ao tema requer uma breve digressão histórica e conceitual, visando ao conhecimento do início da formação da escola positivista – respeitadas as devidas divergências doutrinárias quanto ao nascedouro da escola –²¹⁴ e do caminhar do pensamento filosófico até a cimentação das controvérsias a respeito da teoria formatada por H.L.A HART.

É um percurso necessário a este estudo para melhor entendimento do objetivo proposto e para alcance das áreas que ele envolve, o que não pode ocorrer de forma descontextualizada, seja em nível de resultados práticos, seja em termos de reflexão.

4.1 Função da regra no sistema jurídico positivista e teorias de JEREMY BENTHAM e de JOHN AUSTIN

O termo “positivismo”, utilizado pela primeira vez por Claude-Henri de Rouvroy, o Conde de *Saint-Simon* (séc. XVIII), como um “método exato das ciências e sua extensão para a filosofia”, foi adotado por Augusto Comte (séc. XIX) para se referir a uma corrente filosófica com “variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental”. Nessa acepção, suas teses são: a ciência é o único conhecimento possível, e o método científico, descritivo, deve ser estendido a todas as áreas de questionamento e guiar a vida individual e a social. Essas teses serviram ativamente à moderna “organização social” e representam “uma das alternativas fundamentais” nesse sentido, “em termos de conceito filosófico”.²¹⁵

No âmbito do Direito, CÉSAR LUIZ PASOLD entende por positivismo jurídico “aquela teoria do Direito segundo a qual não existe outro Direito a não ser o positivismo, que é aquele

²¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 154. Descreve o positivismo em 4 (quatro) fases, sendo a última assim conceituada pelo autor: “Um passo mais e cai-se no *puro positivismo*. Se a atenção dos juristas está já limitada ao direito escrito, não será um inútil ornamento essa referência constante a um direito natural que se não vê nem experimenta? O dado, o fenômeno, é no direito a regra positiva, que ombreará com os factos a se dedicam as restantes ciências: fora dela, nada há que possa merecer a atenção da Ciência Jurídica”. GLEZER, Rubens Eduardo. *O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Confirma a pluridade de opiniões sobre correntes positivistas; sintetiza que “[a]tualmente, há muitos positivismos, não só pela diversidade de teorias substantivistas, mas também porque esses filósofos divergem a respeito de quais são as características centrais e comuns entre as teorias positivistas”. RAZ, Joseph. *The argument from justice, or how not to reply to legal positivism*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 17-36. Sugere a o descarte da denominação “positivismo” para avanço dos diálogos e debates entre autores.

²¹⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 790, 791.

observado de fato num determinado grupo social”.²¹⁶ Para DIMITRI DIMOULIS, por sua vez, o positivismo jurídico indica a “preocupação com o estudo do direito posto (e também imposto)”. Interessa ao positivismo jurídico o “estudo dos atos que impõem normas, como indica o termo alemão *Gesetz* (lei), oriundo do verbo *setzen* (pôr, assentar, sentar)”. O positivismo jurídico dedica-se ao Direito posto “por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade (Direito Positivo)”.²¹⁷

Finaliza o autor, explicando que o positivismo jurídico se relaciona causalmente com o processo histórico de “derrota do Direito natural e a substituição de normas de origem religiosa pelas leis estatais nas sociedades modernas”,²¹⁸ sendo considerado, tal correlação, o surgimento da positividade do Direito.

NORBERTO BOBBIO afirma que o positivismo jurídico assume uma “atitude científica frente ao Direito já que, como dizia AUSTIN, ele estuda o Direito tal qual é, não tal qual deveria ser”. BOBBIO defende que o positivismo representa o “estudo do Direito como fato, não como valor”. E por isso, em sua definição, deve-se excluir qualquer qualificação centrada em juízos de valor e que possa levá-lo a ser inferido como bom ou mau, como justo e injusto.²¹⁹

Na associação de categorias filosóficas, GERALD J. POSTEMA destaca que JEREMY BENTHAM faz uma junção do utilitarismo²²⁰ com o positivismo jurídico, “negociando um casamento sofisticado das duas doutrinas”.²²¹ Segundo POSTEMA, BENTHAM realizou a condensação do utilitarismo – entendido como um ação, como doutrina ética, que promove maior felicidade a um maior número de pessoas – com o positivismo considerado uma teoria imperativista que prescreve condutas com base em comandos autoritários de um soberano.²²²

²¹⁶ PASOLD, César Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 209.

²¹⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 67-68.

²¹⁸ PASOLD, op. cit., p. 209.

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 136

²²⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 462. “Embora o utilitarismo tenha seus grandes fundadores, principalmente Jeremy Bentham (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789) e John Stuart Mill (*Utilitarianism*, 1863), que discorram entre si em certos pontos centrais, os filósofos que os seguiram em defesa dessa concepção moral manifestaram tantas divergências com o pensamento desses fundadores e estão tão em desacordo entre si em relação a questões básicas, que se torna difícil demais fornecer uma caracterização geral do utilitarismo que seja compatível com todas essas variações”.

²²¹ POSTEMA, Gerald J.; PATTARO, Enrico (ed.). *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Oxford University Presse, 1986. (Prefácio): “*He gave both utilitarianism and legal positivism their first detailed exposition and defence in English, and negotiated a sophisticated marriage of the two doctrine*”.

²²² POSTEMA, Gerald J.; PATTARO, Enrico (ed.). *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Oxford University Presse, 1986. (Prefácio)

Pelo ângulo dessa condensação, MORBACH²²³ afirma que BENTHAM distingue fato de valor, dividindo sua teoria do Direito em *expository jurisprudence* e *censory jurisprudence*. A primeira consiste na descrição do fenômeno jurídico como ele é, e a segunda implica a análise de como o Direito deve ser.²²⁴

Diferente de BENTHAM, JOHN RAWLS argumenta a favor de uma distinção entre justificar uma prática e justificar a subsunção de um caso à sua regra (regra de promessa). Em suma, RAWLS defende que a prática e a regra de promessa, como dever autoimposto pela sociedade, têm por escopo afastar a latitude discricionária, implicando renúncia ao direito de agir com base em razões utilitaristas”.²²⁵

Na visão da teoria *benthamiana*, percebe-se que o teórico, além de lançar premissas claras de uma doutrina positivista – verificável na análise meramente descritiva do fenômeno jurídico como ele é, ainda que não tenha prevalência em sua teoria –, MORBACH afirma que a ideia de BENTHAM perpassa o Direito como comando e sanções do soberano. Com base nisso, “cabe ao jurista dizer que esse Direito *deve ser* produzido e avaliado de acordo com a máxima de que a ação correta é aquela que promove a maior felicidade do maior número de pessoas”.²²⁶

Após BENTHAM, JOHN AUSTIN fundamentou aquilo que, futuramente, seria denominado de positivismo descritivo/analítico, sendo, portanto, precursor da teoria positivista descritiva dos fenômenos jurídicos.²²⁷

²²³ MORBACH, Gilberto. *Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 85-86. MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 10. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 467, sintetiza: “Outra divisão do utilitarismo é a que se apresenta entre o ‘utilitarismo clássico’ e o ‘utilitarismo da média’”. A primeira defende que o bem instrínseco é a felicidade geral entendida como soma *total* de prazeres e satisfações; a segunda, que a felicidade geral deve ser determinada adividindo a felicidade total pelo número de pessoas, de modo que obtenha uma utilidade *média*”.

²²⁴ “*Jurisprudence is a fictitious entity: nor can any meaning be found the word, but by placing it in Company with some word that shall be significative of a real entity. To know what is meant by jurisprudence, we must know, for example, what is meant by a book of jurisprudence. A book of jurisprudence can have but one or the other of two objects: 1. to ascertain what the law is: 2. to ascertain what it ought to be. In the former case it may be styled a book of expository jurisprudence; in the latter, a book of censorial jurisprudence: or, in other words, a book on the art of legislation. [...] A book of expository jurisprudence, is either authoritative or unauthoritative. It is styled authoritative, when it is composed by him who, by representing the state of the law to be so and so, causeth it so to be; that is, of the legislator himself*”. (BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche books, 2000. p. 234).

²²⁵ RAWLS, Jhon. Two concept of rules. *The Philosophical Review*, v. 64, p. 3-32, 1955.

²²⁶ MORBACH, Gilberto. *Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 91.

²²⁷ BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de HLA Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 1, p. 307-327, 2015.

Quanto ao conceito de positivismo jurídico, H.L.A HART,²²⁸ ao referir-se a AUSTIN,²²⁹ afirma que ele e BENTHAM²³⁰ sustentam os seguintes pontos de vista sobre o positivismo jurídico: i) as leis são comandos criados por seres humanos [Direito Positivo]; ii) não há uma conexão necessária entre o Direito e a moral [tese da separação²³¹ ou entre o Direito como ele é e o Direito como devia ser; iii) o estudo dos conceitos jurídicos é distinto de pesquisas históricas, sociológicas e da “apreciação crítica do Direito em termos de moral, finalidades sociais, funções, etc.”.

Já THOMAS BUSTAMANTE,²³² reportando-se também a AUSTIN, argumenta que, com sua posição política conservadora, não revolucionária – diferente da defesa de abolição do sistema *common law*, pregado por BENTHAM –, ele refutava a denominada *censorial jurisprudence* ou teoria de legislação de BENTHAM. Trata-se do instituto que busca estabelecer um modelo para o legislador sobre princípios políticos que deveriam ser formatados em todos os sistemas jurídicos, em contraponto ao modelo *common law* britânico. AUSTIN propugnava que o “objeto da teoria jurídica é o Direito Positivo, assim entendido de maneira simples e estrita: ou seja, o direito estabelecido por superiores políticos para seus subordinados”.²³³

²²⁸ HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 287-288.

²²⁹ A propósito, a divergência quanto ao modelo de “direito”, na acepção de sistema jurídico de Bentham e de Austin recai sobre o sistema inglês. René David resume o contexto jurídico inglês: “Não há, na Inglaterra, códigos como encontramos na França, e apenas em matérias especiais foi feito um esforço para apresentar o direito de forma sistemática. Não é isso um acaso. A concepção do direito que os ingleses sustentam é, de fato, essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso. O direito inglês, que foi elaborado pelas Cortes Reais, apresenta-se aos ingleses como o conjunto das regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios. A regra de direito inglesa (*legal rule*), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pela doutrina ou pelo legislador”. (DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3).

²³⁰ HART ressalva que Bentham, diversamente de Austin, sustentou que o poder supremo podia ser limitado por convenção expressa e que as leis feitas por violação seriam nulas. Já Austin, segundo Hart, argumenta contra a possibilidade de uma limitação jurídica que recaísse sobre o poder soberano se baseia na assunção de que estar submetido a tal limitação é estar submetido a um *dever*. (HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 191.)

²³¹ Idem, Ibidem, p. 194. “Connections of this sort between natural conditions and systems of rules are not mediated by reasons; for they do not relate the existence of certain rules to the conscious aims or purpose of those whose rules they are”.

²³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 86-87. Expõe que o direito inglês, no período de Bentham, possuía as seguintes características: i) atividade judicial declaratória, no sentido de que os julgados do *common law* apenas declaram e aplicam regras já existentes, sem ato criativo; ii) *common law* formatado, precipuamente, por costumes; e iii) os princípios jurídicos ideais “existem independentemente de sua promulgação formal, e ‘podem ser revelados através de processos de deliberação, raciocínio e argumentação”.

²³³ “Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme. Or (changing the expression) it is set by a monarch, or sovereign number, to a person or persons in a state of subjection to its author. Even though it sprung directly from another fountain or source, it is a positive

A divergência entre AUSTIN e BENTHAM é observada na manifestação dos termos utilizados por esse, ao se referir aos julgadores do *common law* como *judge-made law*.²³⁴ JOHN AUSTIN considera desrespeitoso o apreço de tal expressão por BENTHAM, já que o Direito produzido nas cortes de justiça era melhor que o derivado de proposições legislativas.²³⁵

A despeito das divergências com mentor JEREMY BENTHAM, a contribuição de AUSTIN foi a inauguração da escola positivista descritiva, partindo do Direito Positivo para delimitar o campo de estudo da teoria do Direito.^{236/237} Também fundamentou a ideia de Direito lastreado em criação de regras impostas por um soberano para todos aqueles abaixo de sua posição.

law, or a law strictly so called, by the institution of that present sovereign in the character of political superior. Or (borrowing the language of Hobbes) 'the legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law'. (AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 165).

²³⁴ “*Common Law adjudication is excessively rigid and arbitrarily flexible and indeterminate [omissis] Common Law adjudication involves both mindless imitation and judicial manipulation of fictions and abstract formulas of 'natural law', and the like, governed only by judicial whim and sinister interest*” (POSTEMA, Gerald J.; PATTARO, Enrico (ed.). *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 279-280).

²³⁵ “*I must here observe that I am not objecting to Lord Mansfield for assuming the office of a legislator. I by no means disapprove of what Mr. Bentham has chosen to call by the disrespectful, and therefore, as I conceive, injudicious, name of judge-made law. For I consider it injudicious to call by any name indicative of disrespect what appears to me highly beneficial and even absolutely necessary. I cannot understand how any person who has considered the subject can suppose that society could possibly have gone on if judges had not legislated, or that there is any danger whatever in allowing them that power which they have in fact exercised, to make up for the negligence or the incapacity of the avowed legislator. That part of the law of every country which was made by judges has been far better made than that part which consists of statutes enacted by the legislature. Notwithstanding my great admiration for Mr. Bentham, I cannot but think that, instead of blaming judges for having legislated, he should blame them for the timid, narrow, and piecemeal manner in which they have legislated, and for legislating under cover of vague and indeterminate phrases, such as Lord Mansfield employed in the above example, and which would be censurable in any legislator*”. (AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 163).

²³⁶ “*The definition, therefore, of a positive law, which is assumed expressly or tacitly throughout the foregoing lectures, is not a perfectly complete and perfectly exact definition. In the cases noted and exemplified in the last paragraph, a positive law obliges legally, or a positive law is set or directed to, a stranger or strangers: that is to say, a person or persons not of the community wherein the author of the law is sovereign or supreme. Now, since the cases in question are omitted by that definition, the definition is too narrow, or is defective or inadequate. To render that definition complete or adequate, a comprehensive summary of these anomalous cases (or, perhaps, a full enumeration of these anomalous cases) must be tacked to the definition in the way of supplement. - But positive law, the subject of the definition, is the subject of the foregoing attempt to determine the province of jurisprudence. And since the definition is defective or inadequate, and is assumed expressly or tacitly throughout the foregoing lectures, the determination of the province of jurisprudence, which is attempted in those discourses, is not a perfectly complete and perfectly exact determination*”. (AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 288).

²³⁷ “*But I think that the foregoing attempt to determine the province of jurisprudence, and the definition of a positive law which the attempt assumes throughout, have as much of completeness and exactness as the scope of the attempt requires. - To determine the province of jurisprudence is to distinguish positive law (the appropriate matter of jurisprudence) from the various objects (noted in the foregoing lectures) to which it is allied or related in the way of resemblance or analogy. But so numerous are the ties by which it is connected with those objects, or so numerous are the points at which it touches those objects, that a perfect determination of the province of jurisprudence were a perfect exposition of the science in all its manifold parts. An adequate exposition of the science (the only adequate determination of the province of jurisprudence) is really the ambitious aim of the entire*

Tem-se, então, com JOHN AUSTIN (século XIX), o início do debate acerca da delimitação do objeto de estudo da teoria do Direito, baseada em uma perspectiva descritiva, e da definição do Direito como um sistema de regras criadas e impostas por um soberano.²³⁸

4.2 H.L.A Hart, Frederick Schauer, Joseph Raz e a função da regra

De maneira geral, observa-se que, se antes, no Brasil, havia maior busca à legislação como principal fonte de previsibilidade, depois passou-se a focar as decisões advindas do Poder Judiciário nesse sentido. Nessa conjuntura, quanto ao tema *stay period* da Lei de Recuperação Judicial, os mecanismos de interpretação podem suscitar reflexão sobre a previsibilidade e a transparência na atuação judicial.

É nesse ponto que se insere a seguinte crítica de GLADSTON MAMEDE: “Como é possível ter alguma certeza, alguma segurança, quando cada um estica conceitos jurídicos ao seu alvedrio? Sem parâmetros, só há dúvidas”. E prossegue ele afirmando ser “um bom momento para se falar sobre teoria jurídica: o momento da incerteza”.²³⁹

Os questionamentos de MAMEDE sugerem a necessidade de se ampliar a compreensão sobre a função da regra no sistema jurídico e de se avaliar em que medida ela pode representar um mecanismo de previsibilidade judicial para regular o comportamento dos indivíduos. Nesse sentido, vale conhecer o entendimento de H.L.A HART, de FREDERICK SCHAUER e de JOSEPH RAZ sobre o tema. Assim, torna-se possível descrever o fenômeno do Direito Mercantil e identificar a linha teórica (primazia da regra ou aplicação principiológica) que acomoda suas necessidades práticas, bem como verificar se restou, realmente, na decisão do STJ, a derrotabilidade da norma do *stay period* do art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101 de 2005.

*Course of Lectures of which the foregoing attempt is merely the opening portion. But a perfect determination of the province of jurisprudence is not the purpose of the attempt itself. Its purpose is merely to suggest (with as much of completeness and exactness as consist with generality and brevity) the subject of that adequate exposition of the science of jurisprudence, or the subject of that adequate determination of the province of jurisprudence, which is the purpose of the entire Course.” (AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 289).*

²³⁸ “A teoria imperativista da norma jurídica está estreitamente vinculada à concepção legalista-estatal do direito [...] Assim não se pode configurar como comando a norma consuetudinária, porque o comando é a minifestação de uma vontade determinada e pessoal, enquanto o costume é uma manifestação espontânea de convicção jurídica”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 181).

²³⁹ MAMEDE, Gladston. *O risco dos juízes criativos*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/04/23/juizes-criativos-recuperacao-empresas/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

4.2.1 A REGRA EM H.L.A HART

HART conceitua o Direito com base em uma leitura descritiva de sua natureza, por meio das regras de reconhecimento.²⁴⁰ Com isso, afasta-se da noção de obrigação de AUSTIN e de BENTHAM²⁴¹ – Direito composto de ordem e ameaças de sanção –,²⁴² identificando ao menos três elementos básicos nos fundamentos do Direito: i) a regra e sua normatividade;²⁴³ ii) a regra de reconhecimento;²⁴⁴ iii) a textura aberta do Direito.²⁴⁵

HART parte da ideia de que se exige a noção de regra que confira poderes, os quais podem ser ou não limitados a pessoas qualificadas de certo modo para legislar²⁴⁶ por meio da observância de certos procedimentos.²⁴⁷

Como se infere dos trabalhos de HART, a teoria do Direito não se limita ao viés teórico, referindo-se também à concepção prática do Direito e a seu manejo pela sociedade que compõe o sistema jurídico. Nesse passo, sua concepção prática de regras concentra-se no que ele chama de “regras de segundo nível” (regras de mudança e regras de reconhecimento). Essas são as

²⁴⁰ HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 111 e ss. Vale ressaltar que fugiria à abrangência desta pesquisa a contribuição de Kelsen, com a filosofia anglo-saxônica analítica.

²⁴¹ “Let us recall the gunman situation. A orders B to hand over his money and threatens to shoot him if he does not comply. According to the theory of coercive orders this situation illustrates the notion of obligation or duty in general. Legal obligation is to be found in this situation writ large; A must be the sovereign habitually obeyed and the orders must be general, prescribing courses of conduct not single actions. The plausibility of the claim that the gunman situation displays the meaning of obligation lies in the fact that it is certainly one in which we would say that B, if he obeyed, was ‘obliged’ to hand over his money. It is, however, equally certain that we should misdescribe the situation if we said, on these facts, that B ‘had an obligation’ or a ‘duty’ to hand over the money. So from the start it is clear that we need something else for an understanding of the idea of obligation. There is a difference, yet to be explained, between the assertion that someone was obliged to do something and the assertion that he had an obligation to do it”. (Ibidem, p. 82).

²⁴² SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: aspectos filosóficos*. Disponível em: https://www.academia.edu/19557628/Direito_e_linguagem_aspectos_filos%C3%B3ficos. Acesso em: 3 mar. 2022.

²⁴³ HART, H.L.A. op.cit., p. 55-56.

²⁴⁴ Ibidem, p. 93-95.

²⁴⁵ Ibidem, p. 135.

²⁴⁶ Ibidem, p. 61. “The officials of this system may be said to acknowledge explicitly such fundamental rules conferring legislative authority: the legislatures do this when they make laws in accordance with the rules which empowe them to do so”; (Ibidem, p. 86).

²⁴⁷ Referenciando HART, ele pontua que, em *The Concept of Law*, constata-se que H.L.A HART aceita um sistema jurídico de dois níveis em que já não é mais importante a associação, por parte dos cidadãos, das regras primárias ao “ponto de vista interno” em particular. Ainda segundo o entendimento de JEREMY WALDRON acerca de HART, certamente um sistema jurídico não pode existir ao menos que a regra de reconhecimento seja praticada por um corpo de funcionários com o ponto de vista interno adequado, mas no que diz respeito às regras primárias é suficiente que sejam na sua maioria cumprida pelos cidadãos em geral. (WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. nota 39. p. 170).

práticas e as convenções que constituem uma lei e a concebem como instrumento de introdução de práticas da moralidade primária ao processo racional de mudança por deliberação.²⁴⁸

A concepção prática da regra de HART não se limita à inserção da moralidade primária ao processo de deliberação e de mudança por meio da regra de reconhecimento. HART, ciente da impossibilidade de o legislador formatar todas as situações possíveis em dada regra,²⁴⁹ também se refere, em sua teoria, a uma “textura aberta do Direito”.

Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta²⁵⁰ – exigência de certos comportamentos conforme a ocasião – que multidões de indivíduos pudessem perceber sem ulteriores diretrizes, nada daquilo que agora se reconhece como Direito poderia existir.²⁵¹

Com base nisso, HART assevera que, seja qual for o processo escolhido (precedente ou legislação), não obstante a facilidade com que atuam sobre inúmeros casos, aquele ou essa poderão se revelar indeterminados em certo ponto de sua aplicação. Isso, porque podem conter, em si, aquilo que foi designado como textura aberta.²⁵²

Pela teoria hartiana do positivismo, o Direito, por si só considerado, é majoritariamente constituído por regras suficientemente determinadas para estabelecer o padrão de comportamento social, considerado obrigatório. A discricionariedade judicial só é intrínseca às decisões em que se verifica a textura aberta do Direito.²⁵³

²⁴⁸ “It is certainly something that can change, something that can arise or gradually evaporate. But to think that one could decide deliberately to change such things is to imagine, fatuously, that the character and dispositions of individuals, mutually reflected and reinforced in the detail and frequency of social interaction, are under direct social control. Nothing – the suggestion seems to be – could be further from the truth. Of course, the distinctive thing that Hart adds to this picture – the thing that I suspect Oakeshott misses altogether – is that practices of this implicit kind can evolve not only at the primary level of social morality, but also at a secondary level. That is, a society can evolve practices whose task it is to govern the processes by which first-level rules and practices are modified. Indeed, in Hart’s own jurisprudence, the practice conception of rules comes to be focused almost exclusively on what Hart calls secondary rules – rules of change and rules of recognition. These are the practices and (as they say in England) the conventions that constitute a legislature and empower it to lay down the law and to subject the immemorial practices of primary morality to the rational processes of deliberate change”. (WALDRON, Jeremy. op. cit., p. 20)

²⁴⁹ H.L.A. HART, op.cit., 2012, p. 138-141. Em versão traduzida por Armindo Ribeiro Mendes, H.L.A Hart assim expõe: “Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. [...] Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade”. (HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 141). No mesmo sentido, assevera Neil MacCormick: “It would be extremely difficult, perhaps impossible, to attempt a formulation of every conceivable precondition of validity in every statement of every rule”. (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 244).

²⁵⁰ Menciona-se que Robert Alexy em sua teoria clássica afirma que toda norma “é uma regra ou um princípio”. Cf. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000. p. 295.

²⁵¹ HART, H.L.A. op.cit., p. 137.

²⁵² HART, H.L.A. op.cit., p. 138.

²⁵³ Idem. Ibidem.

Segundo HART entende, a definição de padrões de comportamento sempre ostentará, de certo modo, alguma indeterminação pela própria natureza da linguagem.²⁵⁴ A textura aberta do Direito traduz a “vida do Direito” como orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, por meio de regras determinadas. Diferentemente das aplicações de padrões variáveis, as regras não exigem uma apreciação nova de caso para caso.²⁵⁵

Assim, “na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes”, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões viáveis. Respeita-se o equilíbrio das decisões das autoridades, “à luz das circunstâncias entre interesses conflitantes que variam em pesos, de caso para caso”.²⁵⁶

Ao que tudo indica, HART propõe uma teoria pautada na predominância da regra, embora, a depender do caso, ela possa se revelar insuficiente. Diante disso, pode o julgador aplicar a teoria da “textura aberta” do Direito para analisar os interesses conflitantes. FREDERICK SCHAUER, por sua vez, traz associações à textura aberta do Direito.

4.2.2 A REGRA SEGUNDO FREDERICK SCHAUER

Para entendimento da denominada “textura aberta do Direito”, proposta por HART, FREDERICK SCHAUER contribui ao agregar à generalidade da regra a necessária distinção entre *hard cases* e meros conflitos, entre os resultados da compreensão do texto literal da lei e a motivação por trás da regra.²⁵⁷ SCHAUER considera que, no concreto, a aplicação da regra é característica de casos fáceis, e a jurisdição, por sua natureza, o é de casos difíceis.

Inclusive, para demonstrar a diferenciação entre *hard cases* e mero conflito, FREDERICK SCHAUER aponta o exemplo do caso *Super Scoop*: quando um sujeito alega para o policial que está dirigindo de forma segura – motivo central da lei que estabelece velocidade máxima de

²⁵⁴ “In fact, as I came later to see and to say in Essay 4, the question whether a rule applies or does not apply to some particular to some particular situation of fact is not the same as the question whether according to the settled conventions of language this is determined or left open by the words of that rule”. (HART, Herbert. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 7-8, p. 106).

²⁵⁵ Acerca da justificação de uma prática e a defesa de um argumento consequencialista, RAWLS assevera: “I am going to propose is that in this case one must distinguish between justifying a practice as system of rules to be applied and enforced, and justifying a particular action which falls under these rules; utilitarian arguments are appropriate with regard to questions about practices, while retributive arguments fit the application of particular rules to particular cases”. (RAWLS, op.cit., p. 3)

²⁵⁶ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 148-149.

²⁵⁷ SCHAUER, F.; Spellman, B. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press, 2009. p. 24.

trânsito veicular –, isso não implica seu desconhecimento da literalidade da lei, mas tão somente que ele não estava dirigindo de forma insegura. E, por tal razão, o motivo da lei não seria aplicado.²⁵⁸

Ampliando o entendimento e considerando a noção geral de que a generalização é elemento comum a todas as regras, haverá casos aos quais a generalização não se aplica, ainda que a regra determine literalmente a velocidade máxima de trânsito. Isso porque, segundo FREDERICK SCHAUER, o alcance da regra é mais amplo do que o alcance de sua motivação, o que pode demonstrar a qualidade demasiadamente abrangente da regra.

Anota FREDERICK SCHAUER que a letra da lei nem sempre faz diferença ou, pelo menos, nem sempre faz toda diferença. Mas ignorar a relevância universal da literalidade da lei é ignorar algo de suma importância sobre as regras. Dar importância ao que uma regra quer dizer é questão que vai muito além dela mesma. No geral, ignorar a relevância universal das regras, mesmo diante de um resultado considerado injusto, implica desconsiderar algo fundamental a respeito do Direito.²⁵⁹

SCHAUER busca evidenciar a existência de um grupo de valores (previsibilidade do resultado, uniformidade de tratamento e receio da discricionariedade irrestrita aos julgadores), cuja preservação o sistema jurídico entende ser valiosa. É que os valores compõem o conteúdo do “Estado de Direito”, e muitas das virtudes desse Estado são alcançadas levando as regras a sério (*taking rules seriously as rules*).²⁶⁰

²⁵⁸ “Rules are characterized by being general in just this way, but like most generalizations—even statistically sound ones—they might not get it right every time. It is a pretty good generalization that Swiss cheese has holes, but some of it does not. And few people would disagree with the generalization that it is cold in Chicago in January, but warm January days in Chicago are not unheard of. And so too with the generalizations that are part of all rules. But precisely because rules are general, there is always the risk that the generalization that a rule embodies will not apply in some particular case. Even if it is true in most instances that drivers should not drive at greater than 55 miles per hour, there will be some cases in which the generalization that driving at more than 55 is unsafe will not apply, and when that eventuality arises the rule can be said to be overinclusive. The rule includes or encompasses instances that the background justification behind the rule would not cover, as in the Kirby and Church of the Holy Trinity cases, as with the driver driving safely at 70, and as with an ambulance which might fall within the literal scope of the “no vehicles in the park” rule. In such cases the reach of a rule is broader than the reach of its background justification, and so we say that the rule is overinclusive”. Ibidem, p. 43.

²⁵⁹ Ibidem, p. 50.

²⁶⁰ “The importance of what a rule actually says is not just a point about rules. More pervasively, to ignore the even more ubiquitous importance of what rules do even when what they do appears unfair is to ignore something very important about law itself. It is not law’s purpose, of course, to be unfair for the sake of being unfair. But there is an important group of values—predictability of result, uniformity of treatment (treating like cases alike), and fear of granting unfettered discretion to individual decision-makers even if they happen to be wearing black robes – that the legal system, especially, thinks it valuable to preserve. These values often go by the name of the Rule of Law, and many of the virtues of the Rule of Law are ones that are accomplished by taking rules seriously as rules”. (SCHAUER, F.; Spellman, B. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press, 2009. p. 35)

Segundo ele, às vezes, o Direito involuntariamente faz algo aparentemente errado em razão da primazia da regra.²⁶¹ Porém, o que torna o Direito o que ele é, para o bem ou para o mal, é o fato de ele atribuir ampla importância aos valores institucionais e sistêmicos, mesmo que eventualmente isso possa ocasionar injustiça em algum caso concreto.²⁶² Assim, “ao compreender quando, por que e como as regras são importantes para o Direito, seremos levados a uma compreensão mais ampla sobre ele”.²⁶³

Apesar da ênfase dada à regra, SCHAUER, valendo-se da ideia de HART em “*Positivism and the separation of law and morals*”, explica que o Direito não pode ser visto como um sistema fechado, tal como um jogo de xadrez. Se, no jogo de xadrez, todos os movimentos podem ser previstos em suas regras, no Direito, nem todos os movimentos argumentativos e de tomada de decisão podem ser encontrados nas regras.²⁶⁴

Portanto, o Direito pode conter, em seu corpo de argumentos e de tomadas de decisão, os recursos necessários para se adaptar ao mundo em constante evolução. Mas, como essa adaptação também é uma constante, é pouco provável que a imagem de um sistema jurídico totalmente fechado represente a fotografia precisa daquilo que o Direito faz e como o faz.²⁶⁵

Expostas as perspectivas teóricas de BENTHAM, AUSTIN, HART e FREDERICK SCHAUER sobre a regra como referência do sistema jurídico, cabe destacar as anotações de JOSEPH RAZ e sua compreensão acerca do tema, ao focar a relação entre Direito e regra.

²⁶¹ Ibidem, p. 35. No sentido de que o julgador pode não aplicar regra literal por não ser a mais “aceitável” na perspectiva dos objetivos, princípios e valores subjacentes à lei, assim explica Eveline T. Feteris: “*Normally the starting point from the perspective of legal certainty is that the judge applies the law, doing justice to the intention of the legislator who has weighed and balanced the relevant interests. This implies that the judge must, in the absence of overriding considerations, apply the rule in the strict literal sense. However, if application would lead to consequences that would be incompatible with the goals and values the legislator wanted to achieve with the rule, the judge can make an exception. The idea is that a rational legislator cannot have wanted that application of a rule would lead to consequences that would be incompatible with the goal of the rule. By referring to the goals and values in relation to the circumstances of the concrete case, the judge can explain how the original weighing of interests from the perspective of the goal of the rule formulated by the legislator must be 'translated' to the new situation so that it would result in a new formulation of the rule in which an exception is made for the concrete case. He must explain that in the concrete case, application of the rule in an amended meaning would be more acceptable from the perspective of the underlying goals, principles and values than application in the strict literal meaning*”. (FETERIS, Eveline. Weighing and balancing in the justification of judicial decisions. *Informal Logic*, v. 28, n. 1, p. 20-30, 2008. p. 22).

²⁶² Ibidem.

²⁶³ “*Understanding when, why, and how rules—as rules—are important in law will take us a long way toward understanding law itself*”. Ibidem. Em outro trecho de sua obra, Frederick Schauer expõe expressão adotada por Lord Coke (Sir Edward Coke, citado em J.R. Stoner, *Common law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins Of American Constitutionalism* 25 [1992]): “It is better saith the Law to suffer a mischief (that is particular to one) than an inconvenience that may prejudice many”. (Ibidem, p. 8)

²⁶⁴ “*In the first place, law cannot plausibly be seen as a closed system, in the way that games like chess might be. All of the moves of a game of chess can be found in the rules of chess, but not all of the moves in legal argument and legal decision-making can be found in the rules of law. Not only does law of necessity depend on numerous skills other than those explicitly understood to be legal, but law is inevitably and especially subject to the unforeseeable complexity of the human condition*”. Ibidem, p. 5.

²⁶⁵ Ibidem, p. 6.

4.2.3 REGRA E AUTORIDADE DO SISTEMA JURÍDICO EM JOSEPH RAZ

Para melhor compreensão do trabalho jusfilosófico de JOSEPH RAZ, é oportuno abordar a regra da experiência, noção desenvolvida por RONALDO SOUZA DIAS,²⁶⁶ para melhor se compreender as regras expedidas por autoridades, essas destacadas por RAZ. Em termos gerais, DIAS parte da ideia de que o estabelecimento de uma regra cria razões e altera, de certo modo, o conjunto de razões de uma ação.²⁶⁷ Nesse contexto, ele pontua que o fundamento da regra é baseado na impossibilidade prática de cada caso, objeto de demanda, poder dispor de tempo, de informação e de toda racionalidade necessária para dissipar o conflito de razões, por meio de ponderações.^{268/269}

Dessa forma, regras de experiência seriam regras para poupar quaisquer outras razões que não aquelas práticas (simples), derivadas da experiência comum (mais corrente) e não da autoridade (na acepção de JOSEPH RAZ). Elas seriam, por sua natureza, rejeitadas em casos críticos.²⁷⁰ Dísparas em relação à regra de experiência – que, na teoria hartiana, poderia corresponder às regras primárias –²⁷¹ são as regras expedidas por autoridades. Estas ostentam qualidade impositiva (eminentemente normativa) por meio das razões exclusionárias, levadas a efeito pela atribuição de poder à autoridade oficial para exigir a ação do indivíduo.²⁷²

²⁶⁶ DIAS, Ronaldo Souza. *Duas classes de argumentos práticos*. 2012. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 158.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 136.

²⁶⁹ O ideário das razões exclusionárias perpassa pela distinção entre razões de primeira ordem e razões de segunda ordem. A primeira, de caráter intuitivo, se resume a qualquer razão para que determinado indivíduo realize determinado fim. A segunda é uma razão para evitar agir com base em determinada razão (razão exclusionária). (RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 39). Para conhecimento de críticas a respeito das conclusões de Joseph Raz, cf.: NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria de direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodivm, 2017.

²⁷⁰ *Idem*. *Ibidem*.

²⁷¹ “São regras que prescrevem aos indivíduos realizar certos atos, queiram ou não; em certo sentido, impõem obrigações, visto que têm força compulsiva e servem de base para a crítica ou o elogio pela conformidade ou a não conformidade com a regra. Essas regras não se destinam somente aos servidores da justiça, prescrevendo-lhes a aplicação de sanções, mas destinam-se, principalmente, aos cidadãos, indicando-lhes consideradas desejáveis”. (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 105). Na acepção de H.L.A Hart, confira-se o capítulo “*Law as the union of primary and secondary rules*” em “*The concept of law*”, p. 79-91.

²⁷² “Orders, on the other hand, are given with the intention that their addressees shall take them as protected reasons. Many people can give an order without being entitled to do so. They are entitled to do so only if they have authority (power) over the addressee with respect to the subject-matter of the order. The order may be a valid first-order reason for performing the act even if it is not a valid exclusionary reason not to act on conflicting reasons, and it may be both even though the person who issued it has no authority to do so. But it always is a valid first-order reason and an exclusionary reason if he has the authority to give it. Exclusionary reasons may exclude action for all or only for some kinds of the conflicting reasons”. (RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2009. p. 22).

No mesmo sentido, cf.: RAZ, Joseph. Authority and justification. *Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 1, p. 3-29, 1985.

No tocante ao conceito de autoridade, na concepção de JOSEPH RAZ, há distinção entre autoridade de fato e autoridade legítima. Quanto à primeira classificação,²⁷³ trata-se da autoridade predominantemente baseada na força e não na obediência, ainda que necessite de certa aceitação pelos destinatários.²⁷⁴ No que se refere à autoridade legítima, essa legitimidade deriva do respectivo reconhecimento pelos destinatários, embora ela ocorra de forma gradual e dispense, em primeira análise, a aceitação uniforme dos jurisdicionados.²⁷⁵

Como anota IGOR ENRIQUEZ²⁷⁶ sobre JOSEPH RAZ, conquanto a autoridade também exerça atividade de aconselhar os indivíduos em dados assuntos, recai sobre ela a função primordial de assentar diretrizes juridicamente obrigatórias. Portanto, um arcabouço de razões conclusivas (exclusionárias), produzido por legitimados para realização de deliberado fim, é compartilhado entre autoridades práticas e teóricas.²⁷⁷

De modo geral, inicialmente, a concepção de RAZ é pertinente ao sistema jurídico, na medida em que permite – também por sua teoria de justificação da autoridade – conceber o

²⁷³ “The first standard explanation consists in specifying the conditions that are in fact either necessary or sufficient for holding effective (de facto) authority. But such explanations fail to elucidate the nature of authority in any way at all. To be sure, it is an important part of social theory to explain under what conditions people can obtain or hold authority, under what circumstances a community is likely to accept the authority of some persons. But they fail altogether to explain what these conditions are for, what it is to have authority or to be in authority”. RAZ, Joseph. Authority and justification. *Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 1, p. 3-29, 1985. p. 5.

²⁷⁴ “The analysis of legitimate authority is not by itself sufficient to explain our notion of authority. A complete account must include an analysis of effective authority as well. Having argued that the notion of legitimate authority does not presuppose that of effective authority, This should not lead one to confuse authority with the right to have authority. A person may be entitled to have authority and yet not have it: he may be entitled to it and entitled to have it conferred on him by Parliament and yet not have it until it is so conferred on him. it may be worth pointing out that the reverse is not true. The notion of legitimate authority is presupposed by that of effective authority. A person needs more than power (as influence) to have de facto authority. He must either claim that he has legitimate authority or be held by others to have legitimate authority. There is an important difference, for example, between the brute use of force to get one's way and the same done with a claim of right. Only the latter can qualify as an effective or de facto authority. But this is a problem that cannot be explored here”. Ibidem, p.9.

²⁷⁵ “Authority in general can be divided into legitimate and de facto authority. The latter either claims to be legitimate or is believed to be so, and is effective in imposing its will on many over whom it claims authority, perhaps because its claim to legitimacy is recognized by many of its subjects. But it does not necessarily possess legitimacy”. RAZ, Joseph. op.cit., p. 211.

²⁷⁶ Confira-se artigo de Igor de Carvalho Enriquez: ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. Autoridade e normatividade em Joseph Raz. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 2, p. 145-175, maio/ago. 2018.

²⁷⁷ “Indeed, the independence condition does little to solve the problem. That is not its task. It merely frames the question. Part of the answer to the moral challenge to all authority is in the first condition, which says that authority can be legitimate if conformity with it improves one's conformity with reason. It provides the key to the justification of authority: authority helps our rational capacity whose function is to secure conformity with reason. It allows our rational capacity to achieve its purpose more successfully. These observations express a way of understanding our general capacity to guide our conduct (and our life more broadly) by our own judgement. The point of this general capacity is to enable us to conform to the reasons that confront us at any given time. It is conformity achieved by the exercise of one's judgement. We value the ability to exercise one's judgement and to rely on it in action, but it is a capacity we value because of its purpose, which is, by its very nature, to secure conformity with reason. The point is perfectly general. The value of many of our capacities should not be reduced to the value of their use”. RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 139.

estabelecimento de regras por vias legislativas ou vias judiciais e o respectivo emprego da razão exclusionária ante os destinatários da norma.

Nesse contexto, para fins de composição de uma autoridade, ele identifica três condições para o reconhecimento e o estabelecimento de sua legitimidade: a primeira, tese de dependência,²⁷⁸ consiste nas diretivas lastreadas em razões que já são aplicadas de forma autônoma aos indivíduos, denominada por RAZ de “razões dependentes”. A segunda, tese de preempção,²⁷⁹ expressa-se no fato de que, se dada autoridade requer a prática de uma ação (razão para desempenho),²⁸⁰ a realização do fim pretendido não deve conter deliberação de outras razões. Isso porque o comando da autoridade exclui e substitui pela razão da preempção aquilo que poderia ser deliberado pelos indivíduos (desempenho).²⁸¹ Por último, a tese da justificação normal²⁸² pode ser sintetizada da seguinte forma: a justificação da autoridade (legitimidade) estará posta quando sua ponderação de razões para cada caso prevalecer sobre o julgamento do próprio indivíduo destinatário do comando normativo.

Das três condições acima, a tese da dependência e a tese da justificação normal formatam aquilo que JOSEPH RAZ conceituou como autoridade: um “serviço” (*service conception of authority*). Remanesce a tese da preempção como conclusão das outras teses, mostrando em que medida as autoridades lançam razões para agir com base em diretivas e legitimam tais razões como questões intrínsecas aos sistemas jurídicos.²⁸³

²⁷⁸ “The dependence thesis: All authoritative directives should be bases, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives and which bear on the circumstances covered by the directives. Such reasons I shall call dependent reasons”. RAZ, Joseph. op.cit., p. 214.

²⁷⁹ “The pre-emption thesis: The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them”. Idem, Ibidem.

²⁸⁰ ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. Autoridade e normatividade em Joseph Raz. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 2, p. 145-175, maio/ago. 2018. p. 151.

²⁸¹ “This is obviously absurd. It is rationally all right to perform an action so long as the reasons for it are not defeated, for example so long as the reasons against it are not more stringent. Therefore, if an action is favoured by one reason and opposed by another and neither of them defeats the other, then it is right both to perform the action and to refrain from it, and that is so whether or not the two conflicting”. RAZ, Joseph. op.cit., p. 187. Na nota de rodapé n. 12, assim assevera Raz: “The only alternative I can see is to deny that reasons which belong to a point of view have any bearing on what one ought to do, all told. But if so, it is not clear in what sense they are reasons at all”. Idem. Ibidem.

²⁸² “The normal justification thesis: The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding, and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly”. RAZ, Joseph. op.cit., p. 214.

²⁸³ “The first two theses articulate what I shall call the service conception of authority. They regard authorities as mediating between people and the right reasons which apply to them, so that the authority judges and pronounces what they ought to do according to right reason. The people on their part take their cue from the authority whose pronouncements replace for them the force of the dependent reasons. This last implication of the service conception is made explicit in the pre-emption thesis. The mediating role of authority cannot be carried out if its subjects do not guide their actions by its instructions instead of by the reasons on which they are supposed to depend”. RAZ, Joseph. op.cit., p. 215.

A autoridade, portanto, vivencia um papel de mediação²⁸⁴ entre os indivíduos destinatários da norma e as razões corretas para que ela se aplique a eles. Tudo isso com base na justificação, na construção e na legitimação de uma autoridade que dispõe as razões aplicáveis a cada caso.

Sobreleva o fato de que a regra, oriunda de autoridade legítima e justificada, deve conter razões dependentes (a regra e a interação social em conjunto), embora, em caso de eventual ponderação do indivíduo a quem a norma se destina, não se admita, em primeira ordem, considerar ambas.²⁸⁵ Isso porque o uso da regra, por sua natureza, afasta a razão que ela descreve como incremento da interação social entre o comando, dado pela autoridade, e o destinatário, como reconhecedor de sua legitimidade.²⁸⁶

Nos termos de JOSEPH RAZ, uma vez que a justificação da força vinculativa das diretivas se apoia em razões dependentes, as razões das quais depende são substituídas, em vez de serem acrescentadas por diretivas; essas são consideradas simplesmente vinculativas. Como não têm o Direito de impor deveres completamente independentes às pessoas, já que suas diretivas devem refletir razões dependentes e vinculativas para elas em qualquer caso, as autoridades devem ter o Direito de substituir o próprio julgamento das pessoas sobre o mérito do caso. Suas diretivas antecipam a força de, pelo menos, algumas das razões que poderiam guiar ou ter guiado a ação dessas pessoas.²⁸⁷

²⁸⁴ “They regard authorities as mediating between people and the right reasons which apply to them, so that the authority judges and pronounces what they ought to do according to right reason”. Idem. Ibidem.

²⁸⁵ DIAS, Ronaldo Souza. *Duas classes de argumentos práticos*. 2012. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 143.

²⁸⁶ DIAS, Ronaldo Souza. *Duas classes de argumentos práticos*. 2012. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 144.

²⁸⁷ “Hence the preemption thesis. Since the justification of the binding force of authoritative directives rests on dependent reasons, the reasons on which they depend are (to the extent that the directives are regarded simply as authoritative) replaced rather than added to by those directives. The service conception leads to the preemption thesis. Because authorities do not have the right to impose completely independent duties on people, because their directives should reflect dependent reasons which are binding on those people in any case, they should have the right to replace people's own judgment on the merits of the case. Their directives preempt the force of at least some of the reasons which otherwise should have guided the actions of those people”. Na nota de rodapé n. 13, Joseph Raz pontua o posicionamento de A.M. Honoré a partir do exemplo árbitro (também abordado em sua teoria): “A. M. Honoré pointed out that even if an (informal) arbitration concluded in my favor, if I later become convinced that my original claim was mistaken, I should acknowledge the claim of the other litigant rather than rely on the arbitrator's decision. Here it seems as if, contrary to the preemption thesis, the original reasons are not preempted by the arbitrator's decision. Nevertheless one's duty undergoes a complete change in such circumstances. I may rely on the arbitrator. I may say that we both agreed that our relations will be governed by his decision, that I would have gone along with it had he made a mistake which harmed me. I would be rather ungenerous and unfriendly but nevertheless formally correct. The situation is the same as in cases of agreement. I buy a chest from you and a price is agreed. It then transpires that the chest is a valuable antique and the price I paid is ludicrously low. If I ought to pay a fair price for what I buy, then I ought to come back and add to the agreed price”. RAZ, Joseph. *Authority and justification. Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 1, p. 3-29, 1985. p. 24.

Assim, com base nas razões dependentes e na designação de razão exclusionária por parte da autoridade reconhecida, evita-se, na maioria dos casos, que o destinatário do comando (a regra) possa confrontar a exigência normativa por meio de seu próprio julgamento (ponderação), ou seja, “confiará mais no seu próprio julgamento do que naquele [estabelecido pela autoridade], o que, admitimos, é mais confiável”.²⁸⁸

Definidas então a autoridade, a justificação e a legitimidade para criar a regra, dotada de razão exclusionária – com o devido encerramento do juízo de ponderação pelo destinatário da norma –, JOSEPH RAZ aterra a sensatez da política legal, ao utilizar, prioritariamente, regras para regular o comportamento humano pela certeza e por uma aplicação uniforme e previsível.²⁸⁹

Em síntese, a teoria de RAZ resume sua análise sobre a aplicação de princípios a casos concretos, na perspectiva de que a política legal é sensata ao primar pela aplicação prioritária das regras para dirigir o comportamento dos indivíduos por meio de razão exclusionária. Às regras, ao menos textualmente, resta afastada a incursão em outras razões, por parte do julgador,²⁹⁰ o que remete à reflexão de que, “se reexaminado a regra em cada aplicação, não é uma regra que eu adoto”.²⁹¹

Até o presente ponto, após síntese das teorias abordadas, as temáticas da textura aberta do Direito e da generalidade da regra não dão conta de justificar, do ponto de vista prático, com base na teoria do Direito, todas as nuances do ato de adjudicação do julgador em casos que são subsumidos às regras literais.

²⁸⁸ “*In trying to establish whether or not the directive correctly reflects right reason the subjects will be relying on their own judgments rather than on that of the authority, which, we are assuming, is more reliable*”. (RAZ, Joseph. Authority and justification. *Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 1, p. 3-29, 1985 .p. 25). Ronaldo Souza Dias, em sua tese, analisa a teoria de Raz com suporte nos quatro elementos da decisão (intenção; deliberação; anterioridade; e razão para a ação de 1ª e 2ª ordem): “A decisão implica razão mais forte, em relação à mera intenção, para realizar a ação, sendo, simultaneamente, razão de primeira ordem e, ainda, razão excludente, pois, quando alcançada necessariamente (1) se chega a uma conclusão do que fazer, e (2) forma-se a convocação quanto ao encerramento do processo de deliberação”. (DIAS, Ronaldo Souza. *Duas classes de argumentos práticos*. 2012. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 152).

²⁸⁹ “*Since the law should strive to balance certainty and reliability against flexibility, it is on the whole wise legal policy to use rules as much as possible for regulating human behavior because they are more certain than principles and lend themselves more easily to uniform and predictable application*”. RAZ, Joseph. Legal principals and the limits of law. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 5, p. 823-854, abr. 1972. p. 841.

²⁹⁰ RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 39; RAZ, Joseph. Legal principals and the limits of law. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 5, p. 823-854, abr. 1972. p. 213. cf.: HART, Herbert. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 1982. p. 39. BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 157-208.

²⁹¹ “*If I re-examine the rule on every occasion to which it applies, however, then it is not a rule which I have adopted*”. (RAZ, Joseph. Reasons for action, decisions and norms. *Mind*, v. 84, n. 336, p. 481-499, 1975. p. 497).

Cabe, também, abordar a temática da derrotabilidade (*defeasibility*), destacada por H.L.A HART, para, à luz do objeto de pesquisa (prorrogação da norma literal do *stay period* pelo Poder Judiciário), retomar o exame dos julgados do Superior Tribunal de Justiça pela perspectiva da teoria do Direito.

4.3 Noções de derrotabilidade das regras

Conceituar a derrotabilidade é um ato complexo em razão da dificuldade de se descrever algo aceitável pela comunidade jurídica.²⁹²

BELTRAN e RATTI afirmam que o termo derrotabilidade tem sido utilizado para designar a relação entre uma regra e sua exceção. Segundo eles, os juristas em geral compreendem que as normas legais são “derrotáveis” de alguma forma, ou seja, são abertas às exceções implícitas, as quais não podem ser listadas exhaustivamente de forma prévia em seu enunciado.²⁹³

Em outra perspectiva, esses autores explicam que a derrotabilidade pode ser entendida como um princípio pragmático de interpretação jurídica – uso concreto da linguagem –, constituindo uma ferramenta fundamental para explicar operações realizadas pelos juristas, a fim de sistematizar a lei nos casos concretos.²⁹⁴

Independentemente disso, o tema derrotabilidade atribui ao intérprete uma reflexão sobre a seguinte questão: o significado literal da regra pode ser derrotado por outras atribuições de significado não expressamente identificadas?

²⁹² BROŽEK, Bartosz. Law and defeasibility. *Revus*, n. 23, p. 165-170, 2014.

²⁹³ BELTRÁN, Jordi F.; RATTI, Giovanni B. Legal defeasibility: an introduction. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-7. p. 1.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 37.

5 A NÃO APLICAÇÃO DA REGRA DO *STAY PERIOD* PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E CONTRAPONTOS

Pelo que se contextualizou anteriormente, viu-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é polêmica por si só, seja por desafiar a teoria das regras como normas taxativas e dos princípios como normas complementares, seja por privilegiar a visão do todo (no caso, a função social da empresa) em detrimento da situação particular (não prorrogação do *stay period*), talvez modificando o *status* de casos fáceis para invocar a jurisdição, seja por desencadear, nessa esteira, outras decisões apenas sob a justificativa de precedência.

Em qualquer das hipóteses, fica um questionamento maior, que leva a análise da decisão para outro patamar.

5.1 Superior Tribunal de Justiça: derrotabilidade da regra ou discricionariedade

A decisão do STJ de afastamento da regra expressa de não prorrogação do *stay period* e aplicação do princípio da preservação da empresa pode ser considerada um ato jurisdicional de derrotabilidade normativa? Em quais ocasiões a doutrina considera viável o juízo derrotante das normas?

De início, na história desse tribunal, tem-se conhecimento apenas de duas oportunidades processuais em que ele expressamente discorreu sobre a derrotabilidade das normas: na primeira – discussão da ilegalidade da demissão de servidor em processo administrativo disciplinar e apelo do impetrante à aplicação do princípio constitucional da isonomia (2019) –, o então MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, relator, em voto vencido, referiu-se expressamente à existência da teoria jurídica de HART. Explicou que, em “situações particulares”, deve-se admitir uma “exceção embutida, que não está na norma, não está na regra, não está na lei”. Se a própria lei contiver a exceção, não haverá dificuldade interpretativa. Mas na hipótese de a lei não conter exceção e a situação concreta assim o exigir, por dever de proporcionalidade, de razoabilidade ou de justiça, “derrota-se a lei em favor desse preceito que é maior do que ela: de se observar a justiça da decisão, a razoabilidade e a proporção das coisas”. Justificou que o “positivismo abre a porta e dá a resposta”.²⁹⁵

²⁹⁵ RMS n. 61.229/DF. Acórdão. Relator Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. Julgado 5/11/2019. DJe de 29/11/2019.

No voto do Ministro, prevaleceu a tese de que não se figurou a presença de direito líquido e certo a ser tutelado pela via mandamental. Nessa via, “a narrativa veiculada na exordial está limitada ao campo hipotético, não se fazendo acompanhar, nestes autos, de um só documento que lhe pudesse conferir sustentação fática”. Sobressai, assim, apenas a cognição do julgador sobre os documentos carreados pelo impetrante, quanto à aptidão deles para evidenciar direito líquido e certo para acesso à via mandamental.

Mas as razões elencadas pelo Min. MAIA FILHO, a despeito de sua citação expressa à teoria de HART, mais se coadunam com o conceito de derrotabilidade de RICHARD TUR e BRIAN BIX, segundo o qual a “exceção embutida” seria nada mais do que valores de justiça no caso concreto, sem considerar condições derrotantes da regra.

O caso desse exemplo difere da problemática das regras mercantis consubstanciadas de forma literal e pormenorizada (caso *stay period*), porquanto a aferição das condições necessárias para configuração da norma formatadora do denominado “direito líquido e certo” (art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e art.1º da Lei n. 12.016, de 2016) depende, por sua natureza, de cada caso concreto, ou seja, impende extração do “problema factual”.

Na segunda oportunidade, no STJ, em sede criminal, a decisão do MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA encaminhou a aplicação da derrotabilidade normativa no caso concreto, explicando que a conduta imputada (estupro de vulnerável), embora formalmente típica, não constituía infração penal. Considerou a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. Tratava-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento tinha sido aprovado pelos pais da vítima, tendo sobrevivido um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. Nesse caso, diante das particularidades casuísticas, a Corte entendeu por proceder ao *distinguishing* (distinção).

Nas razões do relator, percebe-se a citação do instituto da derrotabilidade à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que “já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo”. Essa teoria, para o Ministro SOARES DA FONSECA, consiste na possibilidade de “se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto”.

Observa-se que, em casos criminais, os valores constitucionais, pautados no senso de justiça, de proporcionalidade e de razoabilidade, têm densificado a possibilidade de afastamento de tipos penais em casos concretos, ainda que não se trate, de forma patente, de um *hard case*.

Para melhor delimitação conceitual, vão ser descritas as principais ideias acerca da derrotabilidade, a fim de se verificar se se pode considerar essa ocorrência como resultado da decisão STJ que substituiu a aplicação da regra do *stay period* pela aplicação do princípio geral.

HART trabalha a ideia de derrotabilidade, iniciando com o argumento de que a função primária da linguagem não é apresentar “coisas, eventos ou pessoas”, nem expressar ou acender sentimentos ou emoções, mas sim reivindicar direitos, reconhecer direitos quando reclamados por outros, direitos de transferência, e admitir, atribuir ou fazer alegações de responsabilidade²⁹⁶ pela ação. Esclarece a função da linguagem como elemento atributivo de ação e não meramente descritiva, na medida em que, em um julgamento realizado por um tribunal, a exemplo da fase decisiva do tribunal de Direito inglês,²⁹⁷ o que se verifica é uma mistura de fatos e norma²⁹⁸ e não uma simples descrição de coisas, eventos ou pessoas.

Segundo HART, mesmo presente todo o suporte necessário e suficiente para a incidência da regra, pode haver condições que derrotem a descrição dos elementos dessa regra. Ele exemplifica: “quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas”. Dado isso, “o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras ‘a menos que’, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições”.²⁹⁹

Ainda nesse ponto, HART destaca a premissa da expressão “a menos que” (*unless*) e reforça, agora em outro prisma, que mesmo estando presentes todas as condições requeridas –

²⁹⁶ “*THERE are in our ordinary language sentences whose primary function is not to describe things, events, or persons or anything else, nor to express or kindle feelings or emotions, but to do such things as claim rights (‘ This is mine ’), recognise rights when claimed by others (‘ Very well this is yours ’), ascribe rights whether claimed or not (‘ This is his ’), transfer rights (‘ This is now yours ’), and also to admit or ascribe or make accusations of responsibility (‘ I did it,’ ‘ He did it,’ ‘ You did it’). My main purpose in this article is to suggest that the philosophical analysis of the concept of a human action has been inadequate and confusing, at least in part because sentences of the form ‘ He did it’ have been traditionally regarded as primarily descriptive whereas their principal function is what I venture to call ascriptive, being quite literally to ascribe responsibility for actions much as the principal function of sentences of the form “ This is his ” is to ascribe rights in property. Now ascriptive sentences and the other kinds of sentence quoted above, though they may form only a small part of our ordinary language, resemble in some important respects the formal statements of claim, the indictments, the admissions, the judgments, and -the verdicts which’ constitute so large and so important a part of the language of lawyers”.* HART, Herbert. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, n. 1, p. 171-194, 1949. p. 171.

²⁹⁷ Idem. *Ibidem*.

²⁹⁸ “*Such a judgment is therefore a compound or blend of facts and law*”. *Ibidem*, p.172.

²⁹⁹ “*When the student has learned that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract [...] he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. That student has still to learn what can follow on the words ‘unless’ which should accompany the statement of these conditions*”. *Ibidem*, p. 174-175.

a exemplo do contrato como um conceito derrotista, por suas defesas e exceções –,³⁰⁰ nem sempre essas condições vão ser suficientes para assegurar a incidência da regra. Assim, apenas em casos corriqueiros é que o preenchimento das condições bastaria para a referida incidência. Já no que toca à premissa “a menos que”, essa funciona como instrumento para se antever a hipótese de que existem exceções não antecipadas pelo conceito.

HART defende a teoria de que declarações de fato apoiam ou refutam conclusões legais, o que serve para interpretar frases utilizadas para ligar o fato ao Direito, como os exemplos: “efeito ou consequências legais dos fatos”, “conclusões da lei tiradas dos fatos” e “consequências ligadas aos fatos”.

Em particular, isso mostra como seria inadequado sucumbir à tentação das modernas teorias para identificar o significado de um conceito legal, como o de "contrato", com a declaração sobre as condições em que ele deve ser mantido e por que existe. Essas condições, necessárias, nem sempre são suficientes para que se defina a situação como um “contrato”. Tanto que, muitas vezes, até se “derrota” a afirmativa de que se trata de um contrato, mesmo ante a comprovação de todas essas condições.³⁰¹ Aqui reside o “núcleo duro” da teoria hartiana sobre derrotabilidade.

A propósito, a despeito de eventual desconsideração ou enfraquecimento da teoria da derrotabilidade pelo próprio HART, segundo GRAEFF, no prefácio da coletânea “*Punishment and Responsibility*”, em 1968, ele demonstrou apenas reconhecer algumas das críticas a seus argumentos: “[...] há evidência textual suficiente de que [HART] não abandonou o conceito, ainda que o termo derrotabilidade não reapareça em sua obra posterior”. Ele “retomou o tema, procedendo a uma revisão da teoria com mudança do objeto acerca do qual se predica a

³⁰⁰ Para Hart, o contrato é um conceito derrotista, na medida em que as defesas ou exceções podem afastar a aplicação da regra ainda que presentes as condições necessárias para tanto: “*That is the student has still to learn what can follow on the word " unless " which should accompany the statement of these conditions. This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words " conditional" and " negative " have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word " defeasible" used of a legal interest in property which is subject to termination or " defeat" in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense then, contract is a defeasible concept*”. Ibidem, p. 175.

³⁰¹ “*Consideration of the defeasible character of legal concepts helps to explain how statements of fact support or refute legal conclusions and thus to interpret the phrases used by lawyers for the connection between fact and law when they speak of ‘ the legal effect or consequences of the facts ’ or ‘ the conclusions of law drawn from the facts ’ or ‘ consequences attached to the facts ’. In particular, it shows how wrong it would be to succumb to the temptation offered by modern theories of meaning to identify the meaning of a legal concept, say ‘ contract ’, with the statement of the conditions in which contracts are held to exist since owing to the defeasible character of the concept such a statement though it would express the necessary and sometimes sufficient conditions for the application of ‘ contract ’ could not express conditions which were always sufficient*”. Ibidem, p. 181.

derrotabilidade”. A derrotabilidade dos conceitos e do raciocínio jurídico “foi substituída pela derrotabilidade de regras”.³⁰²

Ainda como observa GRAEFF,³⁰³ a ideia de ocorrência da derrotabilidade não esvazia a normatividade da regra, ou seja, ela não afasta a regra do sistema jurídico (revogação ou derrogação). A derrotabilidade, portanto, resta da situação, como consequência tão só em casos particulares – quanto ao resultado da regra –, sem que isso rechace a força normativa dessa, em outros casos presentes ou futuros. Isso, “a menos que” outra circunstância a derrote em caso particular diverso.

Após HART, autores que se voltam para a filosofia do Direito também abordaram a temática da derrotabilidade. FREDERICK SCHAUER,^{304/305} por exemplo, analisou a derrotabilidade e concluiu que ela não é elemento intrínseco às regras do sistema jurídico e, menos ainda, um pressuposto essencial do Direito em si.³⁰⁶ SCHAUER critica HART e seus seguidores, afirmando que eles identificaram uma característica contingente em alguns sistemas jurídicos e a consideram necessária a todos.³⁰⁷ Também “parecem estar enganados ao assumirem que esta característica contingente dos sistemas de *common law* pode ser assumida,

³⁰² GRAEFF, Patrícia: *Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do direito segundo Herbert Hart*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto Alegre, 2015. p. 21-23. A autora exemplifica a retomada do tema a partir da premissa “ao menos que” por Hart em *The concept of Law*: “*We promise to visit a friend the next day. When the day comes it turns out that keeping the promise surely does not mean that there is no rule requiring promises to be kept, only a certain regularity in keeping them. It does not follow from the fact that such rules have exceptions incapable of exhaustive statements, that in every situation we are left to our discretion and never bound to keep a promise. A rule that ends with the word ‘unless (...)’ is still a rule*”. HLA, Hart. op.cit., p. 139.

³⁰³ Ibidem, p. 24.

³⁰⁴ SCHAUER, F.; Spellman, B. On the supposed defeasibility of legal rules. *Current Legal Problems*, v. 51, n. 1, p. 223-240, 1998.

³⁰⁵ SCHAUER, F.; Spellman, B. Is defeasibility an essential property of law? In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-17.

³⁰⁶ “*The distinct property of defeasibility has now been exposed-D5 turns out to be equivalent to (D6) a rule is defeasible when its application is dependent not only upon the occurrence of an event lying within the rule’s linguistic reach, but upon that event’s lying within the rule’s purposes as well’. The property of being subject to defeat when previously unanticipated events would call into question the plausibility of applying the rule in light of the rule’s purpose is indeed a property different from and therefore not exhausted by the concepts of linguistic vagueness, linguistic open-texture, or overridability. But recall that the proponents of defeasibility claim, not that defeasibility is a distinct property of some rules, but that it is a necessary property of all legal rules. This, however, is to make quite a strong claim about the legal system, one that appears descriptively inaccurate and normatively contentious*”. SCHAUER, F.; Spellman, B. On the supposed defeasibility of legal rules. *Current Legal Problems*, v. 51, n. 1, p. 223-240, 1998. p. 236.

³⁰⁷ “*The point here is not that one or the other of these models-the model of formality and the model of adaptability-is more desirable. Rather, it is that both are plausible, and both are found in a greater or lesser degree in most of the world’s legal systems. Hart and his followers, it turns out, have identified a contingent feature of some legal systems and taken it to be a necessary feature of all*”. Ibidem, p.237.

mesmo se e quando for desejável fazê-lo, sem sacrificar a característica da regra que a derrotabilidade pretende preservar”.³⁰⁸

Prosseguindo, SCHAUER argumenta que uma regra derrotável só será aplicada quando sua aplicação for consistente com seu propósito de fundo. Do contrário, ela será derrotada quando sua aplicação não servir a seus antecedentes objetivos (ou o conjunto completo de objetivos de fundo observado em algum ambiente de tomada de decisão). “Então não haverá caso em que a regra, como tal, gere um resultado não previsto em seu propósito de fundo”. Não sendo assim, “a força normativa da regra se dissolve”.³⁰⁹

Portanto, para HART, citado por SCHAUER, a derrotabilidade é menos uma propriedade das regras do que uma propriedade de (alguns) sistemas jurídicos, nos quais a importância delas é dramaticamente diminuída em favor da importância da descrição judicial, em casos particulares de variabilidade infinita.³¹⁰

A concepção de FREDERICK SCHAUER em relação à derrotabilidade é a de que não há qualquer reivindicação de condições derrotantes nas propriedades essenciais das regras legais, nem reivindicação sobre sua natureza aberta. Desse modo, como a “característica única da derrotabilidade é supostamente que as regras estão sujeitas a uma lista ilimitada de classes de condições potencialmente derrotistas”,³¹¹ a investigação filosófica passa da reivindicação para a derrotabilidade.

Conclui o autor que, se as regras estão sujeitas à derrotabilidade sempre que seus objetivos não forem cumpridos ou que a justiça assim o exigir ou quando necessário para se evitar o “absurdo”, a ponderação levada a cabo será sempre pelo objetivo da regra, ou pela justiça, ou pela prevenção de absurdos, e não pela regra em si.³¹²

³⁰⁸“Moreover, Hart and his followers appear to be mistaken in assuming that this contingent feature of common law systems can be taken on, even if and when it is desirable to do so, without sacrificing the feature of rule that the defeasibility account purports to preserve”. Idem. Ibidem.

³⁰⁹ “If, as in D6, a defeasible rule will be applied only when its application will be consistent with that rule's background purpose, and is subject to defeat when its application will not serve its background purpose (or the full array of background purposes extant in some decision-making environment), then there will be no case in which the rule qua rule generates an outcome not generated by the background purpose, and, as argued above, the normative force of the rule dissolves”. Idem. Ibidem.

³¹⁰ “Under Hart's account, therefore, defeasibility is less a property of rules than it is a property of (some) legal systems pursuant to which the importance of rules is dramatically diminished in favour of the importance of judicial discretion in the face of particular cases of infinite variability”. Idem. Ibidem,

³¹¹ “So it now appears that no claim about the necessary properties of legal rules, or about the open-ended nature of rules, falls under the heading of 'defeasibility', once we separate out a trivial linguistic claim, a familiar claim about overridability, and a contingent descriptive claim about English and American common-law decision-making. In so far as the unique characteristic of defeasibility is supposedly that rules are subject to an unlimited list of classes of potentially defeating conditions, the inquiry shifts to the point of purchase for defeat. And if rules are subject to defeat whenever their purposes would not be served, or whenever justice requires it, or whenever necessary to avoid absurdity, then the weight turns out to be carried by the purpose, or by justice, or by absurdity avoidance, and not by the rule itself”. Ibidem, p. 238.

³¹² Idem. Ibidem.

Pode-se dizer que as regras estão sujeitas à derrota pela existência de condições de compensação particularmente poderosas e que a lista dessas condições não pode e não precisa ser especificada antecipadamente. Isso, desde que um determinado “poder” possa ser especificado antecipadamente e não esteja, ele próprio, sujeito à derrota.³¹³

Segundo SCHAUER, cabe às instituições corrigirem experiências recalcitrantes³¹⁴ de casos que fogem aos padrões de comportamento previstos na regra.³¹⁵ Tais casos possibilitam a ocorrência da derrotabilidade³¹⁶ das normas do sistema jurídico.³¹⁷ Por essa razão é que, para SCHAUER, a maioria dos autores acredita que as regras servem a propósitos valiosos, especialmente na lei, enquanto outros defendem que seus objetivos residem nas noções de previsibilidade e de estabilidade. Pode ser, porém, que os argumentos a favor de regras como dispositivos para a atribuição de autoridade decisória sejam ainda mais fortes.³¹⁸

SCHAUER ainda afirma que quaisquer que sejam aqueles propósitos, eles não podem ser cumpridos, a menos que as regras tenham um grau de resistência à criação decisória do julgador. O autor reconhece a necessidade de se evitar considerar a regra como um “instrumento de decisão”, que mais “parece um quebra-cabeças, com todas as advertências, qualificações, e exceções às regras jurídicas incorporadas nas regras eles próprios”.³¹⁹

³¹³ “If legal rules operate in this presumptive way, then we can say that legal rules are subject to defeat by the existence of particularly powerful countervailing conditions, and that the list of such particularly powerful defeating conditions cannot and need not be specified in advance, so long as the requirement of particular power can be specified in advance and is not itself subject to defeat”. Ibidem, p. 239.

³¹⁴ Ibidem, p. 79.

³¹⁵ Sobre a existência de cláusula implícita de exceção, cf.: HART, Herbert. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, n. 1, p. 171-194, 1949. p. 152; D’ALMEIDA, Luís Duarte. *Allowing for exceptions: a theory of defences and defeasibility in law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 136. Em sentido diverso: SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Madri: Marcial Pons, 2004. p. 151.

³¹⁶ RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F. Defeasibility and legality: a survey. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 11-38. p. 11; HART, op.cit., p. 171-194.

³¹⁷ Sobre “textura aberta” e “derrotabilidade”, há diferentes conceitos: RÓDENAS, Ángeles Calatayud. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa*, n. 24, p. p. 63-83, 2001. p. 69.

³¹⁸ “Although my aims here are less normative than clarificatory, it is worthwhile noting in conclusion the normative justification for a presumptive approach to legal rules. Most of us believe that rules serve valuable purposes, especially in the law. For some, these purposes reside in notions of predictability and stability, although it may be that the arguments for rules as devices for the allocation of decision-making authority are even stronger. But whatever these purposes, they cannot be served unless rules have some degree of resistance to some decision-maker’s determination of what now appears to her to be the best all-things-considered decision”. (SCHAUER, F.; Spellman, B. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press, 2009. p. 239).

³¹⁹ SCHAUER, op. cit., p. 240. “Because of this, we tend to avoid in the law a decisional apparatus that looks like a jigsaw puzzle, with all of the caveats, qualifications, and exceptions to legal rules incorporated into the rules themselves”. “Similarly, the values served by rules in the law are commonly best combined with the competing values of flexibility in the face of an uncertain future by adopting a form of decision-making in which the possibility of defeat by unanticipated conditions remains open, but in which the standards for defeat are specified in advance

Finalmente, concebe SCHAUER que as regras podem ser criadas para se sujeitar à derrotabilidade por acontecimentos incapazes de serem descritos exaustivamente. Isso, desde que as normas para a derrota sejam reforçadas e não estejam, elas mesmas, sujeitas aos próprios efeitos ou a exceções não especificadas. Então, torna-se possível identificar um procedimento de decisão amplamente utilizado e frequentemente desejável, no qual as normas de derrota são descritas com antecedência e cumpridas fielmente.³²⁰

Avançando nos argumentos de SCHAUER, NEIL MACCORMICK classifica a derrotabilidade em duas classes: expressa e implícita.³²¹ Inicialmente, porém, ele apresenta a derrotabilidade por meio de exemplos. Segundo o autor, a ideia referida por H.L.A HART, por G.P. BAKER,³²² por FERNANDO ATRIA,³²³ por RICHARD TUR³²⁴ e por ele mesmo³²⁵ diz respeito às condições "normalmente necessárias e presumivelmente suficientes" para a validade ou solidez jurídica de acordos em que os advogados tentam organizar os assuntos de forma a imunizá-los contra o risco de futura disputa ou desvalidação. Essa tentativa se baseia no uso de regras legais que definem acordos relevantes ou instâncias de "instituições legais", como contrato, confiança, hipoteca, vontade, e assim por diante. O problema é que tais regras podem não ter sido tão impermeáveis como previsto, já que podem estar sujeitas a novas interpretações à luz de algum princípio jurídico significativo, em circunstâncias relativamente não usuais.³²⁶

Um exemplo utilizado por MACCORMICK é o do caso *Riggs v Palmer*, de 1889. A demanda envolvia a lei referente a testamentos, formatada de forma rigorosa. Um tribunal

and adhered to faithfully. Hart and numerous followers have confused us by claiming that rules necessarily have exceptions incapable of exhaustive statement. If we say instead that rules may be designed to be subject to defeat by events incapable of exhaustive statement, and may still be (and serve the functions of) rules as long as the standards for defeat are heightened and not themselves subject to defeat or unspecified exceptions, then we have moved closer to locating a widely used and frequently desirable decision procedure".

³²⁰ Idem. Ibidem. "Similarly, the values served by rules in the law are commonly best combined with the competing values of flexibility in the face of an uncertain future by adopting a form of decision-making in which the possibility of defeat by unanticipated conditions remains open, but in which the standards for defeat are specified in advance and adhered to faithfully. Hart and numerous followers have confused us by claiming that rules necessarily have exceptions incapable of exhaustive statement. If we say instead that rules may be designed to be subject to defeat by events incapable of exhaustive statement, and may still be (and serve the functions of) rules as long as the standards for defeat are heightened and not themselves subject to defeat or unspecified exceptions, then we have moved closer to locating a widely used and frequently desirable decision procedure".

³²¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 241.

³²² BAKER, G.P. Defeasibility and Meaning. In: HACKER, P. M. S.; Raz, J. (ed.). *Law, morality and society: essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 26-57.

³²³ ATRIA, Fernando. *On law and legal reasoning*. Oxford: Hart Publishing, 2001. p. 37-44, p. 122-40, p. 172-84.

³²⁴ TUR, R.H.S. Defeasibilism. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 21, p. 355-368, 2001.

³²⁵ MACCORMICK, Neil. Law as institutional fact. *Edinburgh University Inaugural Lecture*, n. 52, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1973.

³²⁶ MACCORMICK, op.cit., p. 240.

interpretou pela sua não aplicação em favor do beneficiário nomeado, pelo fato de esse ter matado o testador, seu avô, para impedi-lo de alterar o testamento.³²⁷

Nesse caso, mesmo diante todas as condições necessárias na lei (*statute*), o tribunal considerou correto limitar a aplicação da regra por ele estabelecida, empregando o princípio jurídico geral de que ninguém deve ser capaz lucrar com suas próprias transgressões. Com base no exemplo, MACCORMICK conclui que “*This gives an example of defeasibility*”,³²⁸ um arranjo concebido para fazer cessar determinados efeitos legais pela ocorrência de circunstâncias anômalas.

Um ponto importante sobre a derrotabilidade é que cada aparência de validade pode estar ligada a algum arranjo estabelecido sob regras legais ou a algum estado de coisas legal, ostensivamente resultante de conjuntos de regras e eventos.³²⁹ No entanto, pode ainda acontecer que esse arranjo ou “fato institucional”³³⁰ esteja sujeito a tipos de intervenção invalidante. O que era inicialmente válido revela-se aberto à intervenção e, conseqüentemente, à perda de sua validade inicial. Também pode se revelar como nunca tendo sido válido, apesar de todas as aparências. Em outras palavras, o arranjo, seja contrato ou seja regra legal, é derrotável, e os acontecimentos invalidantes provocam sua derrota.³³¹

Alicerçado nessa premissa, no que tange a sua classificação, MACCORMICK enuncia a derrotabilidade expressa por meio da seguinte expressão lógica: existência de uma regra do sistema jurídico, denominada “R”, que esteja expressamente sujeita a alguma exceção ou condição. Assim, “a formulação das condições em relação a R é em termos tais como 'se as condições 'c1', 'c2', 'c3' forem satisfeitas”. Então, “R” atribui a consequência da regra a “A” contra “B”, a menos que “B” demonstre condição excepcionada na lei (e1).³³² Portanto, o encargo de “A”, para ter os efeitos próprios da regra “R”, é tão somente demonstrar que sua situação jurídica satisfaz a “c1”, “c2” e “c3”. Cabe a “B” demonstrar que o caso está excepcionado em “e1” e não cabe a “A” comprovar a ausência de exceção. E quando da demonstração de “e1” por “B”, tem-se a derrotabilidade expressa.

Referente à derrotabilidade implícita, MacCORMICK se reporta ao exemplo da viúva (A’s) para explicar sua teoria. A viúva requereu à seguradora a pensão do marido por morte, após o

³²⁷Cf.: *Riggs v Palmer* 115 NY 506; 22 NE 188(1889).

³²⁸ Idem. Ibidem.

³²⁹ “*The point about defeasibility is that every appearance of validity may attach to some arrangement set up under legal rules or some legal state of affairs ostensibly arising from some set of rules and events*”. Idem. Ibidem.

³³⁰ Expressão utilizada por MacCormick.

³³¹ Idem. Ibidem.

³³² “*the formulation of the conditions in relation to R is in such terms as 'if conditions c1, c2, c3 are satisfied then R vests in A as against B, but not if B shows that exceptional condition e1 exists*”. Ibidem, p. 241.

falecimento dele.³³³ No caso, não havia, para a viúva (A's), o encargo de comprovar todas as circunstâncias que afastariam a incidência da regra para concessão do benefício. No entanto, o funcionário, a quem fora inicialmente apresentado o pedido, reconheceu-a como “viúva pela sua própria mão”, situação de esfaqueamento acidental do marido com uma faca de trinchar durante uma discussão entre os dois. Por isso, ela havia sido condenada por homicídio culposo do marido, e o funcionário se recusou a fazer o pagamento.³³⁴

A recusa foi confirmada pelo Tribunal de Divisão (*Divisional Court*), num pedido de revisão. O Tribunal considerou que o princípio não desqualificava automaticamente o pedido, mas exigia um escrutínio judicial de todas as circunstâncias do homicídio. Considerou, também, que o homicídio teve o efeito de derrotar o Direito estatutário que ostensivamente tinha sido conferido à viúva. Não houve questionamento algum quanto a tratar-se de pretensão desonesta ou fraudulenta. O que derrotou a solicitação foi um princípio jurídico que gerou uma nova exceção às condições estatutárias expressas para a aquisição de um direito.³³⁵

Nota-se, no exemplo de MACCORMICK, que a situação fática da viúva lhe conferiria a consequência normativa em “R”, visto que, em primeira análise, estavam preenchidas todas as condições para sua incidência. Contudo, por força de fatores principiológicos não previstos na regra, restou afastada a consequência normativa.

³³³ Exemplo inspirado no caso, julgado no Reino Unido, “*Regina v National Insurance Commissioner ex p. Connor*” [1981] All ER 770: “*The court was asked whether the rule against forfeiture applied so as to disentitle an applicant from receiving a widow’s allowance when she had killed her husband with a knife. She had been held guilty of manslaughter but simply placed on probation. Held: The forfeiture rule does not apply universally to all cases involving a finding of manslaughter. What matters is the nature and not the name of the crime. Approving Gray v Barr, Lord Lane CJ said: ‘I would respectfully agree with that dictum, and I would agree that in each case it is not the label which the law applies to the crime which has been committed, but the nature of the crime itself which in the end will dictate whether public policy demands the court to drive the applicant from the seat of justice. Where that line is to be drawn may be a difficult matter to decide, but what this court has to determine is whether in the present case what this applicant did was sufficient to disentitle her to her remedy.’ and ‘The fact that there is no specific mention in the act of disentitlement so far as the widow is concerned if she were to commit this sort of offence and so become a widow is merely an indication, as I see it, that the draftsman realised perfectly well that he was drawing this act against the background of the law as it stood at the time.’ As to the rule in Gray v Barr that not every form of illegality will cause a court to reject a claim: ‘I would respectfully agree with that dictum and I would agree that in each case it is not the label which the law applies to the crime which has been committed but the nature of the crime itself which in the end will dictate whether public policy demands the court to drive the applicant from the seat of justice. Where that line is to be drawn may be a difficult matter to decide, but what this court has to determine is whether in the present case what this applicant did was sufficient to disentitle her to her remedy’. As the applicant had been found by the jury deliberately to have stabbed her husband, the rule applied”*. Disponível em: <https://swarb.co.uk/regina-v-chief-national-insurance-commissioner-ex-parte-connor-qbd-1981/#:~:text=Advertising-Regina%20v%20Chief%20National%20Insurance%20Commissioner%20Ex%20Parte%20Connor%3A%20QB,D,her%20husband%20with%20a%20knife>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³³⁴ *Ibidem*, p. 242.

³³⁵ “*What defeated the claim was an established legal principle that in these circumstances generated a novel exception to the express statutory conditions for vesting of a right, through the exercise of a discretionary judgment concerning the materiality of the principle to the type of situation in hand*”. *Idem. Ibidem*.

MACCORMICK assevera, com arrimo nesse raciocínio, que a “visão de derrotabilidade está ligada a uma visão relacionada sobre um problema onipresente relativo à formulação ou articulação da lei”.³³⁶ A problemática exposta por ele envolve, de um lado, os “limites à exatidão ou à exaustividade das declarações da lei” e, de outro, a questão da “fiabilidade com que se podem extrair inferências das declarações expressas em que a lei é formulada”.³³⁷

Conclui MACCORMICK que a generalização da regra (direitos) é suscetível às diversas condições de fundo, ainda mais em casos que fogem ao ordinário da aplicação do Direito. Por conseguinte, a presença de elementos implícitos parece ser uma característica geral do Direito.

Desse modo, MACCORMICK imputa a derrotabilidade ao contexto procedimental³³⁸ de diferentes tradições jurídicas, respeitado o contraditório e observado o ônus da prova. Ele também explica que em cada sistema jurídico há de se valorar “o grau em que a elaboração de projetos de lei deve tender para a integralidade em cada formulação estatutária, em vez de dar uma maior atenção a uma leitura dos estatutos à luz de todo o seu contexto sistêmico”.³³⁹

Ainda sobre a derrotabilidade, RICHARD TUR e BRIAN BIX³⁴⁰ consideram as razões do fórum de justiça, de equidade e de política. RICHARD TUR, por exemplo, arremata sua

³³⁶ “The present view of defeasibility connects with a related view about one omnipresent problem concerning the formulation or articulation of the law”. Ibidem, p. 244.

³³⁷ Afirma, ainda, que generalidade da regra pode ser problemática pela multiplicidade das possíveis condições que podem surgir da interação de diferentes partes da lei entre si e da interação de regras explicitamente promulgadas, ou reformuladas doutrinariamente, com princípios e valores. Disposição literal do Autor: “Law has to be stated in general terms, yet conditions formulated generally are always capable of omitting reference to some element which can turn out to be the key operative fact in a given case. The difficulty concerns the multiplicity of possible conditions which may arise from the interaction of different parts of the law with each other and the interaction of explicitly enacted rules, or doctrinally formulated restatements of rules, with principles and values in the manner indicated. It would be extremely difficult, perhaps impossible, to attempt a formulation of every conceivable precondition of validity in every statement of every rule. Even if possible, it would have disastrous effects for the clarity and intelligibility of the law”. Idem. Ibidem.

³³⁸ “Conditions of the latter sort are then more properly treated as defeating conditions than as ordinary negatively qualifying conditions of vesting in the first place. The particular example can best be handled in terms of the general account developed here of defeasibility as a concept belonging to the pragmatics of legal processes”. Ibidem, p. 247. Cf.: FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. A derrotabilidade da regra tributária. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 40, p. 417-440, 2018.

³³⁹ MACCORMICK, Neil. op.cit., p. 247.

³⁴⁰ BIX, Brian. *Defeasibility and open texture*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (org.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 193-201. p. 200-201. A respeito da visão de Brian Bix, cf.: “Under certain forms of defeasible legal reasoning, courts have the authority either (under Equity or similar ideas) to create an exception in the (literal) application of general rules to a particular case, or (under common law reasoning) to modify the rule itself, and not just for the case before the court, but for future cases as well. In both kinds of defeasibility, there is not, and probably could not be, any sort of bright-line rule about when the judge should create an exception or modification. At best, there is a sense that exceptions or modifications should not be too frequent, at the risk of undermining the whole purpose and benefit of guidance by rules. Thus, defeasible forms of legal reasoning create (when confronting the right sort of fact situation) the same sort of range of available choices that judges face in the Hartian ‘open texture’ of borderline cases” [...] “H.L.A. Hart was the original source of the modern idea of defeasibility in legal reasoning,

apreciação quanto aos temas “sistema jurídico, regra e sua respectiva derrotabilidade”, justificando sua concepção de lei como “aberta, terminada, derrotável, normativa”.³⁴¹

Nesses termos, conclui sua proposição no sentido de que a advocacia sempre considerará esse fórum no julgamento. Entende que a consequência normalmente atribuída pela lei a fatos especificados deve ou não ser anulada por razões particulares do caso concreto, como equidade, justiça, política, misericórdia.³⁴²

Como se verifica, os teóricos que explanam suas conclusões sobre a derrotabilidade o fazem ora pelo ângulo das exceções à incidência da regra, ora pela indeterminação semântica, denominada textura aberta e vagueza normativa (HART).³⁴³ RONALD DWORKIN,³⁴⁴ em sua teoria de cunho moral, busca uma maior previsibilidade e transparência³⁴⁵ em decisões judiciais.

Para fins de melhor compreensão do desenho teórico que envolve os desafios da regra com base no fórum principiológico, RONALD DWORKIN avança na concepção interpretativa do Direito. Segundo ele, o intérprete deve examinar a regra construtivamente, com base em um valor moral que explique e justifique a prática jurídica. Assim sendo, em sua ideia de Direito como conceito interpretativo, ele aponta que as discordâncias entre julgadores (desacordos teóricos) também são interpretativas.³⁴⁶

O ponto central da teoria de DWORKIN não é distinguir tipos normativos, mas sim valer-se dos princípios morais da argumentação jurídica para desafiar a doutrina positivista dos limites do Direito,³⁴⁷ inclusive na interpretação de casos simples.³⁴⁸ Isso significa dizer que, se

as well as the adaptation for legal reasoning of Friedrich Waismann's concept of 'open texture'. Both defeasibility and Hartian 'open texture' show the dynamism in legal reasoning that is present in many (and perhaps most) legal systems: that judges are necessary adjunct lawmakers, clarifying the legal rules, filling in gaps, and creating modifications or exceptions where necessary to avoid severe injustice or absurdity". Ibidem, p. 340.

³⁴¹ TUR, R.H.S. Defeasibilism. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 21, 2001. p. 355-368. p. 367.

³⁴² “So I conclude this paper with the claim that my conception of law as open ended, defeasible, normative, conditional propositions is well illustrated and supported by a scrutiny of the data of contract, tort and crime even though that data must exhibit, to a degree difficult to assess, the causal effect of the intellectual hegemony of closed, formalist positivism and whilst there is very much more to be said about this conception of law (including its fit with 'purpose' in statutory interpretation and 'rights' in constitutional adjudication), I hope that I have sufficiently developed these ideas to justify the conclusion that lawyering always involves the judgment either that the consequence normally attributed by law to specified fact should or should not be overridden on the particular facts of the instant case on grounds of equity, justice, policy, mercy, (purpose, or rights)". Idem. Ibidem.

³⁴³ Prakken aborda a derrotabilidade dos conceicos enquanto expressão “textura aberta”. Confira-se: PRAKKEN, Henry. *Logical tools for modelling legal argument: study of defeasible reasoning in law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

³⁴⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Teoria, filosofia e dogmática jurídica: rigor e método. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). *Teoria do direito contemporânea: autores e temas*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 17-38. p. 23.

³⁴⁵ TARUFFO, Michele. O fato e a interpretação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 195-208, jul./dez. 2010. p. 33.

³⁴⁶ DWORKIN, op.cit., p.52, 87-90.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: The Belknap Press, 2006. p. 36.

³⁴⁸ DWORKIN, op.cit., p.139.

os princípios não são validados por uma regra de reconhecimento e, ainda assim, são utilizados pelos oficiais (*e.g.* julgador), tal fato importa erro, na denominada tese de *pedigree*.³⁴⁹

A reflexão sobre a função jurisdicional e sua discricionariedade, quando da tomada de decisão, remete, necessariamente, à problemática sobre “o que é o Direito”. Essa temática envolve o emblemático debate entre HART e DWORKIN.³⁵⁰

Na perspectiva de DWORKIN, na hipótese em que um caso revela desacordo sobre o método correto para interpretar o Direito – *e.g.* controvérsia sobre prorrogação do *stay period* –, a verdade ou a falsidade de uma proposição jurídica vai depender de proposições abstratas, denominadas fundamentos do Direito (*grounds of law*).³⁵¹

Especificamente na avaliação de decisões judiciais conflitantes que abordam a prorrogação do *stay period* por meio de aplicação de princípios, pode-se identificar um equívoco na compreensão da função da regra pelo julgador. É que a própria regra não demonstra, em primeira análise, qualquer espaço para reavaliação de seu conteúdo. Também não apresenta elementos derrotantes, quer pela ótica da “textura aberta” ou derrotabilidade de HART, quer pela visão de SCHAUER e MACCORMICK e tese da razão exclusionária de RAZ, quer pela aplicação de princípios nos termos da teoria de DWORKIN.

Como se observa pelo até então exposto, no geral, há uma dinamicidade e uma envergadura envolvendo a regra em dado sistema jurídico. Neste estudo, a análise das teorias descritas – que, em sua maioria, são reconhecidas como positivistas em maior ou menor grau – implica revolver a regra mercantil do *stay period* na Lei n. 11.101, de 2005, em sua redação anterior à dada pela Lei n. 14.112, de 2020.

Como amplamente referido, o § 4º do art. 6º da Lei n. 11.101, de 2005, estabelecia originalmente que, na recuperação judicial, o *stay period* em “hipótese nenhuma” excederia o prazo “improrrogável” de 180 dias, prazo esse contado da data do deferimento do processo da recuperação. Dispôs, ainda, que seria restabelecido, após o decurso do *stay period*, o direito dos credores de iniciarem ou de continuarem suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

HART, conforme já visto, apresenta a teoria da textura aberta,³⁵² associando-a à ideia de que alguns casos podem se revelar indeterminados a ponto de a aplicação da regra ser posta em

³⁴⁹ De outra forma, Andrei Marmor conclui que o direito não requer, na generalidade dos casos, atitude interpretativista, cabendo a interpretação quando algum elemento contextual não está suficientemente claro ou pelo fato de o conteúdo elaborado ser incerto. Cf.: MARMOR, Andrei. *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*. New York: Springer, 2011. v. 11. p.143-144; MARMOR, Andrei. op.cit., p.138-140.

³⁵⁰ HART, H.L.A. op.cit., p.272; Dworkin, Ronald. op.cit., 1998 .

³⁵¹ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

³⁵² HART, op.cit., p.138.

questão. Essa ideia, para a doutrina, remete ao que HART denomina derrotabilidade de determinada regra. Em outras palavras, ainda que preenchidas todas as condições de aplicabilidade, a regra estaria sujeita às exceções implícitas.

MACCORMICK, alicerçado na generalização da regra (direitos), que é suscetível a diversas condições de fundo – muito em razão da problemática relativa aos “limites à exatidão ou à exaustividade das declarações da lei” –, esclarece que, quando casos fogem ao ordinário da aplicação do Direito e ante a existência de elementos implícitos, torna-se viável sua derrotabilidade em situações particulares.

Compreendidas as teorias de HART e de MACCORMICK, surge o questionamento: o STJ, ao prorrogar o *stay period*, valeu-se do conceito de derrotabilidade para aplicar o fim último da lei, qual seja, a preservação da empresa?

Como referido, na teoria hartiana do positivismo, a discricionariedade judicial (em sentido forte, segundo DWORKIN) é intrínseca a decisões nas quais se verifica a textura aberta do Direito, uma vez que inexistem regras suficientemente determinadas para estabelecer o padrão de comportamento social.³⁵³ A possibilidade de exercício da atividade criativa se daria pela incompletude ou pela lacuna (ausência normativa).

Na teoria dworkiniana, diversamente, prevalece aquilo que ele denominou de “discricionariedade fraca”, que equivale à descoberta do direito e não à atividade criativa com aplicação retroativa de direitos.³⁵⁴ Em resumo: ainda que não haja regra dispendo sobre o

³⁵³ HART, op.cit., p.138.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 81. “I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judges’ duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not do invent new rights retrospectively”.

determinado caso, ainda assim existe um “direito” a ser revelado pelo julgador,³⁵⁵ embora por argumentos morais, e não uma atividade puramente criativa.³⁵⁶

Na citada aplicação da derrotabilidade no caso criminal pelo STJ, evidenciou-se, pela primeira vez, uma melhor aproximação daquilo que de fato seria um *hard case*.³⁵⁷ É que a regra criminal, conquanto tivesse sua aplicabilidade clara e sedimentada em outros julgados, não acomodava nenhuma exceção legal. No caso concreto, sua aplicação causaria dano social bem maior e injustiça extrema, questões dotadas de forças derrotantes frente à regra penal.

Analisando-se a regra do *stay period* pela ótica das teorias hartiana e dworkiniana, não se observa, de forma axiomática, a denominada “textura aberta do direito” – vazio normativo – de HART, nem a inexistência de regra e a necessidade de inauguração do ato “revelador” do direito, conforme DWORKIN.

No mesmo sentido, a interpretação da derrotabilidade versada por MACCORMICK, quanto à “fiabilidade com que se podem extrair inferências das declarações expressas em que a lei é formulada”, parece indicar que a norma em análise não padeceu da característica atinente às regras que são limites à exatidão. No caso específico, a regra mercantil em comento exauriu o juízo ponderativo, ao dispor que em “hipótese nenhuma” se terá a prorrogação do *stay period*.

A regra do *stay period* (ou *automatic stay*) é suficientemente clara, a ponto de, por um lado, rechaçar a aplicação das teorias hartiana e dworkiniana e, por outro, reforçar a ausência

³⁵⁵ WALDRON critica a atividade “reveladora” do julgador: “A judge when he legislates at Common Law (if that is what he does) has at least the good grace to pretend that he is discovering what the law already was all along: he does not present himself explicitly as a lawmaker. In fact, as we all know, the law is changed every day in our appellate courts; but mostly it is changed under cover of a seemly pretense that nothing could be further from our minds, or the minds of the court, than any legislative aspiration”. De forma mais contundente, Waldron expõe a perspectiva de Pound: “Pound, 'Common Law and Legislation,' 404, quoting observations from Baldwin, *Two Centuries' Growth of American Law*. But Pound himself cautions against judicial antipathy to statute law: "It is fashionable to point out the deficiencies of legislation (. . .) It is fashionable to preach the superiority of judge-made law. It may be well, however, for lawyers and judges to remember that there is coming to be a science of legislation and that modern statutes are not to be disposed of lightly as offhand products of a crude desire to do something, but represent long and patient study by experts, careful consideration by conferences or congresses or associations, press discussion in which public opinion is focused upon all important details, and hearings before legislative committees.”. (WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 99, p. 168).

³⁵⁶ DWORKIN, op. cit., p. 128. Sobre a possibilidade de erro do julgamento político-moral: “There is no reason to credit any other particular group with better facilities of moral argument; or, if there is, then it is the process of selecting judges, not the techniques of judging that they are asked to use, that must be changed. So this form of skepticism does not in itself argue against Hercules' technique of adjudication, though of course it serves a useful reminder to any judge that he might well be wrong in his political judgments, and that he should therefore decide hard cases with humility”.

³⁵⁷ BLACK, Henry Campbell; NOLAN, Joseph R. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990. p. 717. Conceito de *hard case*: “A phrase used to indicate judicial decisions which, to meet a case of hardship to a party, are not entirely consonant with the true principle of the law. It is said of such: ‘Hard cases make bad law’”.

de necessidade de qualquer juízo ponderativo de outras razões (teoria de JOSEPH RAZ).³⁵⁸ Isso porque sua literalidade dispõe que o *stay period* em “hipótese nenhuma” excederá o prazo “improrrogável” de 180 dias.³⁵⁹ Portanto, não há vagueza, vazio normativo ou exigência de juízo que revele o direito para o caso. Não há, pois, notas características de um *hard case* e, por consequência, a derrotabilidade da regra nos julgados do STJ.

Por efeito, conforme SCHAUER (*taking rules seriously as rules*), a regra ostenta a função de preservar o grupo de valores composto pela previsibilidade do resultado, pela uniformidade de tratamento e pelo receio da discricionariedade irrestrita dos julgadores. Tais valores, espeçados nas regras, sobreleva o Estado de Direito, que só pode ser garantido pela observância da regra legal, principalmente em casos de regra pormenorizada e atenta à falta de necessidade de qualquer juízo ponderativo ante sua clareza normativa. É o caso da regra do *stay period*.

Assim, o reconhecimento da robustez da regra mercantil pormenorizada – pelo menos pela reflexão teórica, frente às possíveis condições derrotantes e aos juízos principiológicos – tenta anular, de certa forma, a normatividade fraca das regras mercantis e a pujança de um sistema mercantil exclusivamente pautado no fórum principiológico. Tal reconhecimento busca evitar a citada conclusão de JOSEPH RAZ – “se reexamino a regra em cada aplicação, não é uma regra que eu adoto” – e a excessiva discricionariedade do julgador.

Nessa perspectiva, a primazia da regra do *stay period* da lei de recuperação judicial, além de encontrar conformidade na teoria positivista, quanto à função da regra no direito – afastando-se da teoria da textura aberta de HART –, reclama aprofundamento teórico sobre a preeminência da legislação mercantil, em detrimento da função criativa do Poder Judiciário.

5.2 Suprema Corte dos Estados Unidos e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: manejo da regra mercantil específica

Consoante exposto, o STJ, ao enfrentar demandas sobre a prorrogabilidade da regra *stay period*, por meio de aplicação direta do art. 47 da Lei de Recuperação Judicial (*princípio da*

³⁵⁸ “Não há construção de princípio – promoção de um estado ideal de coisas, no dizer de Humberto Ávila – pelo simpels fato de que as regras procedimentais são descritivas, sendo desnecessária a complementariedade por aplicação principiológica”. NEGRÃO, Ricardo. *op.cit.*, p. 32-33.

³⁵⁹ Waldemar Ferreria, ao abordar a temática da concordata preventiva, burila a relevância de previsão legislativa taxativa em seu parecer: “Na sistemática do Direito brasileiro, entretanto, é nulo o ato jurídico quando a lei taxativamente o declarar nulo ou negar efeito ou fôr preterida alguma solenidade pela lei considerada essencial para sua validade”. (FERREIRA, Waldemar. Concordata preventiva. A proibição ao concordatário de contrair novas obrigações. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 30, n. 4, p. 693-701, 1934).

preservação da empresa), optou pela aplicação de norma geral em detrimento da norma específica do § 4º do art. 6 da mesma lei.

Os questionamentos que surgiram a partir dessas decisões foram: a técnica aplicada pela Corte Superior do Brasil está em consonância com as diretrizes internacionais acerca da previsibilidade do Direito³⁶⁰ e com o que vem sendo aplicado pela Suprema Corte dos Estados Unidos ? No âmbito do Direito Falimentar, deve-se privilegiar a aplicação de normas gerais em detrimento de normas específicas no bojo do mesmo Código?

Nessa perspectiva, é importante reforçar que a previsibilidade judicial não é necessidade apenas do Brasil, mas sim questão de envergadura global. Inserem-se nesse cenário os *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*³⁶¹ e o *Insolvency and Creditor Rights Standard*.³⁶² Um dos princípios (diretrizes) que compõem o acervo da iniciativa global é justamente a promoção de reforço da previsibilidade do sistema “por meio da aplicação consistente da lei”.³⁶³

Sobre isso, RICARDO NEGRÃO explica que o Guia Legislativo da Comissão de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) dispõe sobre o regime de insolvência e considera diferentes enfoques legislativos adotados por diversos países. Conclui que a opinião dessas nações coincide com o entendimento de que “todo regime de insolvência eficaz e eficiente deve perseguir, de maneira equilibrada, os objetivos fundamentais”. Dois desses objetivos são: “fornecer segurança ao mercado visando promover

³⁶⁰ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 40. Nesse sentido, menciona-se a doutrina de Michele Taruffo: “*Si fa poi capo molto spesso alla necessaria prevedibilità delle decisioni future, in base alla quale le parti debbono poter fare affidamento sul fatto che i giudici futuri si comporteranno allo stesso modo di quelli passati. La previsione è prevedibile si può evitare di ricorrere al giudice. Infine, una giurisprudenza costante nell’interpretare e nell’applicare le norme si può conoscere più facilmente e quindi orienta in modo più efficace i comportamenti dei consociati*”. Tradução de Eberhardt Francisco: “Frequentemente se faz referência à necessária previsibilidade das decisões futuras, segundo a qual as partes devem poder confiar no fato de que os juízes futuros se comportarão do mesmo modo que aqueles passados. A previsibilidade pode desempenhar, além disso, também uma função econômica, dado que se a decisão é previsível se pode evitar de ir ao judiciário. Enfim, facilmente apreendida e assim orienta de modo mais eficaz os comportamentos dos jurisdicionados”. TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*. In: ZUFELATO, Camilo *et.al* (coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 27-38. p. 28.

³⁶¹ THE WORLD BANK. *Principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes*. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights>. Acesso em: 9 abr. 2022.

³⁶² THE WORLD BANK. *Creditor rights and insolvency standard*. Disponível em: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/538701606927038819-0130022020/original/ICRStandardJan2011withC1617.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2022.

³⁶³ “*World Bank Principle Judicial Decision Making and Enforcement Of Orders [D5] D5.1 Judicial Decision Making. Judicial decision making should encourage consensual resolution among parties where possible, and should otherwise undertake timely adjudication of issues with a view to reinforcing predictability in the system through consistent application of the law*”. Idem. *Ibidem*.

estabilidade e crescimentos econômicos” e “garantir um regime transparente e previsível que compreenda incentivos para reunir e facilitar informação”.³⁶⁴

Importa atentar, ainda, que a previsibilidade e a postura do *Judicial legislation*³⁶⁵ no âmbito do Direito concursal (ou falimentar) também se encontram na agenda de debates no Direito estadunidense, sistema que influenciou a legislação brasileira na sua constituição, conforme já visto.

Na década de 1990, a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou, em diversas oportunidades, os limites do *judge-made law*. Nesse período, ganhou destaque o caso *United States v. Noland, trustee for debtor First Truck Lines, Inc* (de 1996).³⁶⁶ Nele, a receita federal apresentou reclamações ao Tribunal de Falências por impostos, juros e penalidades que se acumularam após a empresa *First Truck Lines* requerer o *relief* (pedido recuperacional), previsto no *Chapter 11* do *Bankruptcy Reform Act of 1978*. Mas antes de o caso ser convertido em falência, nos termos do *Chapter 7*, o Tribunal considerou que todas as reivindicações da receita federal tinham procedência quanto ao direito de prioridade a sua percepção como despesas administrativas (11 U.S.C. §§ 503 (b) (1) e 507 (a)(1). Porém, quanto aos pedidos atinentes às penalidades, restou decidido que sua satisfação estaria sujeita à “subordinação equitativa” da norma § 510 (c). O entendimento foi confirmado pelo Tribunal Distrital da Sexta Circunscrição.

A questão de fundo era “o alcance do poder de subordinação equitativa de um tribunal de falências sob o 11 U.S.C. § 510 (c)”³⁶⁷ para reclassificação da prioridade de créditos. No caso, o Tribunal de Falências subordinou o pedido do governo, relativo a sanções fiscais pós-requerimento (pós pedido de recuperação) não compensatórias, que, normalmente, receberia a primeira prioridade na falência como “despesa administrativa”, como previsto na regra dos §§ 503(b)(1)(C) e 507(a)(1).

A Suprema Corte argumentou que a base da construção estatutária era a seguinte: se o Congresso pretendia que a legislação mudasse a interpretação de um conceito criado judicialmente, então ele tornasse essa intenção uma previsão específica. Assim, “princípios de subordinação equitativa” podiam permitir que um tribunal de falências reordenasse uma

³⁶⁴ NEGRÃO, Ricardo. op.cit., p. 48-49.

³⁶⁵ TABB, Charles Jordan. op.cit., p. 23

³⁶⁶ 517 U.S. 535 (1996) - *United States v. Noland, trustee for debtor First Truck Lines, Inc.*

³⁶⁷ “The issue in this case is the scope of a bankruptcy court's power of equitable subordination under 11 U. S. C. § 510(c). Here, in the absence of any finding of inequitable conduct on the part of the Government, the Bankruptcy Court subordinated the Government's claim for a postpetition, noncompensatory tax penalty, which would normally receive first priority in bankruptcy as an “administrative expense,” §§ 503(b)(1)(C), 507(a)(1). We hold that the bankruptcy court may not equitably subordinate claims on a categorical basis in derogation of Congress's scheme of priorities”. Ibidem, p.536.

penalidade fiscal em determinado caso. O que se destacou foi identificar se a margem de manobra era suficientemente ampla para permitir a subordinação em desacordo com a ordem de prioridades estabelecidas pelo Congresso, e a Suprema Corte concluiu que não.

Ficou entendido que, se se autorizasse um tribunal a concluir, em nível geral e categórico, que as penalidades fiscais não deveriam ser tratadas como despesas administrativas a serem pagas em primeiro lugar, ele (o tribunal) modificaria o funcionamento da lei no mesmo nível em que o Congresso operou, quando do julgamento geral para estabelecer a hierarquia das reivindicações.³⁶⁸ Entendeu-se, também, que as declarações, na história legislativa, não podiam ser lidas para desvincular o processo judicial de sua obrigação de preservar a coerência dos julgamentos substantivos do legislativo.³⁶⁹ Procedeu-se, por essas e outras razões, à reversão do julgamento com orientação para os novos procedimentos que envolvem a temática.³⁷⁰ Assim como no Brasil, nem sempre a diretriz de um julgado da Suprema Corte desse país tem sua aplicabilidade obedecida pelos tribunais hierarquicamente inferiores.

Em outra oportunidade, no caso *Law v. Siegel* (de 2014), abrangido pelo *Chapter 7 Trustee*, a discussão retornou à mesa da Suprema Corte.³⁷¹ O caso envolvia o pedido de falência pelo rito estabelecido nesse *Chapter* e o poder de juízo equitativo do Tribunal de Falência para afastar uma lei estadual que isentava determinada rubrica (isenção de propriedade). Pelo pedido,

³⁶⁸ “The answer turns on Congress’s probable intent to preserve the distinction between the relative levels of generality at which trial courts and legislatures respectively function in the normal course. Hence, the adoption in § 510(c) of “principles of equitable subordination” permits a court to make exceptions to a general rule when justified by particular facts, cf. *Hecht Co. v. Bowles*, 321 U. S. 321, 329 (1944) (“The essence of equity jurisdiction has been the power of the Chancellor to do equity and to mould each decree to the necessities of the particular case”). But if the provision also authorized a court to conclude on a general, categorical level that tax penalties should not be treated as administrative expenses to be paid first, it would empower a court to modify the operation of the priority statute at the same level at which Congress operated when it made its characteristically general judgment to establish the hierarchy of claims in the first place. That is, the distinction between characteristic legislative and trial court functions would simply be swept away, and the statute would delegate legislative revision, not authorize equitable exception”. *Ibidem*, p.540.

³⁶⁹ “But their remarks were not statements of existing law and the Sixth Circuit’s reliance on the unexplained reference to subordinated penalties ran counter to this Court’s previous endorsement of priority treatment for postpetition tax penalties. See *Nicholas v. United States*, 384 U. S. 678, 692-695 (1966). More fundamentally, statements in legislative history cannot be read to convert statutory leeway for judicial development of a rule on particularized exceptions into delegated authority to revise statutory categorization, untethered to any obligation to preserve the coherence of substantive congressional judgments”. *Ibidem*, p. 542.

³⁷⁰ “In this instance, Congress could have, but did not, deny noncompensatory, postpetition tax penalties the first priority given to other administrative expenses, and bankruptcy courts may not take it upon themselves to make that categorical determination under the guise of equitable subordination. The judgment of the Court of Appeals is reversed, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion”. *Ibidem*, p. 543.

³⁷¹ 571 U.S. 415 (2014) - *Law v. Siegel*, *Chapter 7 Trustee*.

essa deveria ser considerada suscetível de constrição para pagamento de despesas administrativas, o que incluía o pagamento de honorários advocatícios.³⁷²

No pronunciamento do *Justice SCALIA*, delimitou-se a problemática, expondo-se, inicialmente, que o Código de Falências previa que um devedor podia isentar certos bens da massa falida. Ainda previa que os bens isentos geralmente não eram responsáveis por quaisquer despesas associadas à administração da massa falida. Naquele caso, havia de se considerar “se um tribunal de falências pode (podia) [...] ordenar que os bens isentos do devedor sejam (fossem) utilizados para pagar despesas administrativas incorridas como resultado da má conduta do devedor”.³⁷³

De acordo com a Suprema Corte, um tribunal de falências tem autoridade estatutária (legal) para emitir qualquer ordem, processo ou sentença que sejam necessários ou apropriados ao cumprimento das disposições do “Código de Falências”, como prevê o 11 U. S. C. § 105(a). Também possui “poder inerente para sancionar práticas abusivas de litígio”.³⁷⁴

Contudo, no exercício de seus poderes estatutários inerentes, “um tribunal de falências não pode violar disposições estatutárias específicas”.³⁷⁵ No caso, é a própria lei de falências (§ 105 (a)) que “não permite que o tribunal de falências anule mandatos explícitos de outras seções do Código de Falências”. Assim, a seção “105 (a) confere autoridade para ‘cumprir’ as disposições do Código, mas é impossível fazê-lo tomando medidas que o Código proíbe”.³⁷⁶

Nos termos do julgado do caso *Law v. Siegel*, percebe-se que um comando geral cede espaço a uma proibição específica prevista em outro dispositivo do mesmo Código. Tal posição

³⁷² “*Petitioner Law filed for Chapter 7 bankruptcy. He valued his California home at \$363,348, claiming that \$75,000 of that value was covered by California’s homestead exemption and thus was exempt from the bankruptcy estate. See 11 U. S. C. § 522(b)(3)(A). He also claimed that the sum of two voluntary liens—one of which was in favor of “Lin’s Mortgage & Associates”—exceeded the home’s nonexempt value, leaving no equity recoverable for his other creditors. Respondent Siegel, the bankruptcy estate trustee, challenged the “Lin” lien in an adversary proceeding, but protracted and expensive litigation ensued when a supposed “Lili Lin” in China claimed to be the beneficiary of Law’s deed of trust. Ultimately, the Bankruptcy Court concluded that the loan was a fiction created by Law to preserve his equity in the house. It thus granted Siegel’s motion to “surcharge” Law’s \$75,000 homestead exemption, making those funds available to defray attorney’s fees incurred by Siegel in overcoming Law’s fraudulent misrepresentations. The Ninth Circuit Bankruptcy Appellate Panel and the Ninth Circuit affirmed*”. Ibidem, p.1.

³⁷³ “*The Bankruptcy Code provides that a debtor may exempt certain assets from the bankruptcy estate. It further provides that exempt assets generally are not liable for any expenses associated with administering the estate. In this case, we consider whether a bankruptcy court nonetheless may order that a debtor’s exempt assets be used to pay administrative expenses incurred as a result of the debtor’s misconduct*”. Idem. Ibidem.

³⁷⁴ De acordo com o julgado, o poder é conferido a partir do precedente *Marrama v. Citizens Bank of Mass.*, 549 U. S. 365, 375- 376 (2007).

³⁷⁵ “*But in exercising those statutory and inherent powers, a bankruptcy court may not contravene specific statutory provisions. It is hornbook law that § 105(a) “does not allow the bankruptcy court to override explicit mandates of other sections of the Bankruptcy Code”*”. 571 U.S. 415 (2014), p.5.

³⁷⁶ “*Section 105(a) confers authority to “carry out” the provisions of the Code, but it is quite impossible to do that by taking action that the Code prohibits*”. Idem. Ibidem.

é constatada ao se verificar que “é simplesmente uma aplicação do axioma de que a permissão geral de um estatuto para tomar medidas de um determinado tipo deve ceder a uma proibição específica encontrada noutra local”.³⁷⁷

Ainda no julgado, afirmou-se que a Suprema Corte defendia, há muito, que “quaisquer [...] poderes equitativos que prevaleçam (prevalecessem) nos tribunais de falências devem (deviam) e só podem (podiam) ser exercidos dentro dos limites ‘do Código de Falências’”. São exemplos, os casos: *Norwest Bank Worthington v. Ahlers*, 485 U. S. 197, 206 (1988); *Raleigh v. Illinois Dept. of Revenue*, 530 U. S. 15, 24-25 (2000); *United States v. Noland*, 517 U. S. 535, 543 (1996); *SEC v. United States Realty & Improvement Co.*, 310 U. S. 434, 455 (1940).

No mesmo sentido de FREDERICK SCHAUER, para quem a regra tem relevância universal, mesmo diante de um resultado considerado injusto,³⁷⁸ a Suprema Corte estadunidense reconheceu que SIEGEL, o recorrido, iria suportar, a partir da decisão, um fardo financeiro pesado, resultante de má conduta do devedor. Aduziu que isso iria produzir resultados injustos para os administradores e credores em outros casos. Mas, ao mesmo tempo, afirmou que, ao elaborar as disposições do § 522, “o Congresso equilibrou as escolhas difíceis que os limites de isenção impõem aos devedores com o prejuízo econômico que as isenções causam aos credores”.³⁷⁹

Tem-se, aí, a prevalência da legislação e de suas disposições ante a criação judicial, considerando, para tanto, as razões do Congresso Nacional quanto ao equilíbrio de escolhas difíceis. Afasta-se, com efeito, qualquer outro juízo ponderativo por parte do julgador.

A temática *judge-made law* também não é imune a críticas por parte da doutrina dos Estados Unidos. Inclusive, TABB se dedica ao dispositivo que foi matéria de julgamento no caso *Law v. Siegel, Chapter 7 Trustee* referido.³⁸⁰ Ele expõe a preocupação com o fórum de criação

³⁷⁷ “That is simply an application of the axiom that a statute’s general permission to take actions of a certain type must yield to a specific prohibition found elsewhere. See *Morton v. Mancari*, 417 U. S. 535, 550–551 (1974); *D. Ginsberg & Sons, Inc. v. Popkin*, 285 U. S. 204, 206–208 (1932)”. Idem. Ibidem.

³⁷⁸ SCHAUER, Frederick. op.cit., p. 50.

³⁷⁹ “We acknowledge that our ruling forces Siegel to shoulder a heavy financial burden resulting from Law’s egregious misconduct, and that it may produce inequitable results for trustees and creditors in other cases. We have recognized, however, that in crafting the provisions of § 522, “Congress balanced the difficult choices that exemption limits impose on debtors with the economic harm that exemptions visit on creditors.” *Schwab v. Reilly*, 560 U. S. 770, 791 (2010). The same can be said of the limits imposed on recovery of administrative expenses by trustees. For the reasons we have explained, it is not for courts to alter the balance struck by the statute. Cf. *Guidry v. Sheet Metal Workers Nat. Pension Fund*, 493 U. S. 365, 376–377 (1990)”. Ibidem, p.11.

³⁸⁰ Confira-se a literalidade do dispositivo: “The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse

legislativa pelo julgador, em matéria de recuperação e de falência no Direito estadunidense, ao evidenciar o problema dos juízes de falência. Esses “escrevem” a lei que acham melhor, por meio da aplicação do § 105 (a), com seus poderes equitativos. TABB afirma que, “desde o dia em que a tinta estava seca na *Bankruptcy Reform Act of 1978*, os juízes de falências têm reescrito a lei que o Congresso nos deu para torná-la ‘melhor’”.³⁸¹

Esse autor ainda argumenta que as atitudes criativas do Judiciário são comparáveis à vida “em tempos longínquos onde não havia lei a respeito, restando aos juízes a competência de escrever a lei”. Atualmente, “existe um estatuto. Um longo estatuto. Centenas de páginas. Para o bem ou para o mal, o Congresso nos deu o Código de Falências”. Como uma questão de separação de poderes, TABB lança a ideia de que os juízes de falência devem conviver com a lei que o Congresso escreveu e não ter poder para “consertá-la”, invocando poderes equitativos do § 105 (a).³⁸²

TABB conclui pela necessidade de se “levantar uma bandeira vermelha” frente ao exercício dos Tribunais de Falência de “abraçar a opinião de que o § 105 (a) lhe dá ‘carta branca’ para fazer praticamente tudo o que quiserem, sem terem que se preocupar com o que o próprio Código diz”.³⁸³ E a verificação desse exercício suscita em CHARLES TABB a preocupação de que a própria regra da lei, para não mencionar a justiça e a integridade do sistema do *Chapter 11*, seja posta em questão.

of process”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/105>. Acesso em: 2 jun. 2022. Tradução livre: “O tribunal pode emitir qualquer ordem, processo ou julgamento que seja necessário ou apropriado para cumprir as disposições deste título. Nenhuma disposição deste título que preveja o levantamento de uma questão por uma parte interessada deve ser interpretada no sentido de impedir que o tribunal, de ofício, tome qualquer ação ou faça qualquer determinação necessária ou apropriada para fazer cumprir ou implementar ordens ou regras judiciais, ou para evitar abuso de processo”.

³⁸¹ “*The final concern this Article will raise is closely connected with the forum selection problem. That is the problem of bankruptcy judges writing the law they think best through a capacious application of § 105(a) and their equitable powers. Almost from the day the ink was dry on the Bankruptcy Reform Act of 1978, bankruptcy judges have been rewriting the law that Congress gave us to make it “better”.* (TABB, Charles Jordan. op.cit., p. 23).

³⁸² “*It’s as if we still are living in the long-ago environs of equity receiverships, where there was no statutory law, and judges did have to write the law. But now there is a statute. It’s a long one. Hundreds of pages. For better or worse, Congress gave us the Bankruptcy Code. As a matter of separation of powers, this Article submits that bankruptcy judges should have to live with the law Congress wrote, and have no power to “fix” that law by invoking their equitable powers under § 105(a). It is important to note that, for the most part at least, the Supreme Court agrees. From time to time, the Court has stepped in and nixed, usually on separation of powers grounds, the judicial rewriting of the Bankruptcy Code*”. (Idem. Ibidem).

³⁸³ “*But the point here is not to quibble about particulars, but to raise a red flag with respect to a broader issue and what seems to be a fairly ubiquitous practice. Notwithstanding cases such as Noland, or Law, or Jevic, bankruptcy courts tend to embrace the view that § 105(a) gives them carte blanche to do just about anything they want, without having to worry about what the Code itself says. In doing so, I again worry that the very rule of law itself, not to mention the fairness and integrity of the chapter 11 system, is called into question, and found wanting*”. Idem. Ibidem.

Percebe-se, pelos julgados dessa Corte estadunidense e pelas reflexões doutrinárias de CHARLES JORDAN TABB, que a crise da aplicação da regra da mercantil não é própria só da realidade brasileira. A singularidade desse exemplo é o fato de que, mesmo se tratando de um sistema *common law*, no qual os precedentes e a atividade criativa do julgador são menos problemáticos, a ausência de deferência à regra mercantil ainda é bastante debatida.

Com isso, só resta um entendimento: a própria sistemática do Direito Mercantil, independentemente do sistema normativo (*common law* ou *civil law*), remete a uma maior aplicação das regras e a menor intervenção criativa do julgador. Não se infere qualquer outra razão suficiente para a ebulição dos casos na Suprema Corte dos Estados Unidos e dos enfrentamentos teóricos sobre a mesma questão, também debatida no sistema brasileiro.

Similar à Suprema Corte dos Estados Unidos, no contexto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), observa-se a aplicação diferente da regra mercantil, em relação ao entendimento sedimentado pelo STJ, quanto à prorrogação do *stay period* da Lei de Recuperação Judicial.³⁸⁴ Destaca-se, a exemplo, o acórdão do Agravo de Instrumento n. 2282337-33.2020.8.26.0000, julgado em 31 de março de 2012, de relatoria do Desembargador RICARDO NEGRÃO, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. No caso, um dos credores (instituição financeira) questionou, no TJSP, a decisão de primeira instância que deferiu a prorrogação do prazo de *stay period* por mais 90 dias corridos. Na decisão de primeira instância, os fundamentos que embasaram o deferimento consistiram no precedente do próprio TJSP,³⁸⁵ autorizando a prorrogação, e nas manifestações do Ministério Público e do administrador judicial.

No precedente citado na primeira instância, mencionou-se que o Enunciado IX do Grupo Reservado de Direito Empresarial³⁸⁶ dispunha que a flexibilização do prazo do *stay*

³⁸⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO — Recuperação judicial — Prorrogação do "stay period" (lei 11.101/05, art. 6º, § 4º) admitida apenas em caráter excepcional Recuperação processada em 03.11.2015 Aditivo ao plano de recuperacional que até o momento não foi apresentado Demonstração de desídia e desinteresse por parte da recuperanda no desfecho do processo de recuperação Prorrogação inadmitida ante as particularidades do caso concreto –Decisão reformada– Recurso provido. TJSP; Agravo de Instrumento 2210728- 92.2017.8.26.0000; Relator (a): Maurício Pessoa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São Manuel - 1ª Vara; Data do Julgamento: 15/01/2018; Data de Registro: 15/01/2018; RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de nova prorrogação do "stay period". Excepcionalidade. Possibilidade de atendimento do pleito apenas nas hipóteses em que não tenha havido desídia da devedora no andamento do processo recuperatório. Recuperanda, na hipótese, que recalculou em informar a lista de credores e apresentar documentos, a prejudicar o andamento do feito. Prorrogação inadmissível. Decisão mantida. Recurso desprovido TJSP; Agravo de Instrumento 2181778-73.2017.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Águas de Lindoia, Vara Única. Julgamento: 18/12/2017; Registro: 19/12/2017.

³⁸⁵ Trata-se do Agravo de Instrumento 2270264-63.2019.8.26.0000; Relator Sérgio Shimura; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Cubatão -4ª Vara; Data do Julgamento: 04/05/2020.

³⁸⁶ Enunciado IX do Grupo Reservado de Direito Empresarial. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Rodape/GrupoCamarasEmpresariaisEnunciados.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2022.

period podia “ser admitida, em caráter excepcional, desde que a recuperanda não haja concorrido com a superação do lapso temporal e a dilação se faça por prazo determinado”. Além disso, o dito julgado fez referência “ao princípio da preservação da empresa”, explicando que, naquele momento, “a prorrogação se mostra (mostrava) plausível para viabilizar a aprovação do plano de recuperação”.

Extraí-se, também, a consideração do elemento culpa da empresa recuperanda, para fins de prorrogação do prazo do *stay period*. Tanto que, no provimento do juízo singular, considerou-se que, “desde que ausente culpa da recuperanda na demora do procedimento recuperacional e a dilação se faça por prazo determinado, permite-se, excepcionalmente, a prorrogação do *stay period*”.

Outro dado relevante é, ainda que a questão de fundo seja igual (prorrogação do *stay period*), o mesmo órgão julgador, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pronunciou-se com entendimentos divergentes: enquanto o Desembargador SÉRGIO SHIMURA foi favorável à prorrogação ainda em 2020,³⁸⁷ o Desembargador RICARDO NEGRÃO manifestou-se contrariamente à prorrogação em 2021.

No julgado desfavorável à prorrogação, embora já pulverizado o entendimento do STJ e o enunciado IX do Grupo Reservado de Direito Empresarial do TJSP, a decisão pautou-se em fundamentos diferentes desses, quanto à manutenção da regra para não prorrogar o *stay period*. O primeiro fundamento foi a posição do Relator, ao afirmar ter sempre entendido “que a prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções não se mostrava possível diante da univocidade da norma legal”; portanto, considerava o prazo improrrogável.

Em seguida, o Relator citou outro julgado no mesmo sentido, o Agravo de Instrumento n. 2124611-98.2017.8.26.0000. Nesse julgado, utilizando como exemplo a posição do relator, não obstante “se possa contestar o legislador quanto à escolha de um período imutável de *stay*, (é) certo que não cabe ao Poder Judiciário modificar a lei, nem interpretá-la restringindo ou ampliando limites claramente estabelecidos pelo Poder Legislativo”. Além disso, consta a citação de disposições do Direito Comparado, como a Ley Concursal 22/2003, da Espanha, e o

³⁸⁷ Importante ressalva no acórdão: “O 3º Juiz ressalva seu posicionamento quanto à possibilidade, em outros determinados casos, de prorrogação do período de suspensão. No presente julgamento acompanha os fundamentos apresentados”.

Decreto-Lei n. 132-1993, de Portugal, que instituiu o revogado Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência.³⁸⁸

Indo além, no acórdão sob exame, concluiu-se ser insuficiente o fundamento pautado na inexistência de desídia ou má-fé da devedora para “amparar descabida a mitigação da literalidade do comando legal”. Não se mostrou razoável, então, a suspensão do trâmite das ações e execuções sob o “o singelo argumento de ausência de culpa das recuperandas, onde salientaram que adotaram as medidas ao bom andamento da recuperação”.

Afora as peculiaridades do caso, ficou registrado que descaberia, naquela oportunidade, afastar comandos legais sem que houvesse declaração de inconstitucionalidade ou perda da vigência ou derrogação, “sob pena de violação ao estado democrático de Direito”. Assim, concluiu pelo provimento do recurso, reformando a decisão impugnada, ao afastar a “possibilidade de prorrogação do prazo previsto no art. 6º, § 4º da Lei n. 11.101/2005, uma vez não vigente a Lei n. 14.112/2020”.

O acórdão em questão é paradigmático, frente aos precedentes não vinculantes do STJ, que aplicou preceitos principiológicos, e a seu alinhamento ao Direito Comparado, mais precisamente ao Direito estadunidense. Isso porque o TJSP considerou, em suas razões, premissas de primazia da regra legal e manutenção do estado de Direito.³⁸⁹ Também não havia,

³⁸⁸ “‘Artigo 29º.’ ‘Suspensão imediata de acções contra o devedor’. ‘1 - Proferido o despacho de prosseguimento da acção, ficam imediatamente suspensas todas as execuções instauradas contra o devedor e todas as diligências de acções executivas que atinjam o seu património, incluindo as que tenham por fim a cobrança de créditos com privilégio ou com preferência; a suspensão abrange todos os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis pelo devedor.’ ‘2 - A suspensão mantém-se até ao termo do prazo máximo estabelecido para a deliberação da assembleia de credores, fixado no n. 1 do artigo 53.º, ou, antes disso, até ao trânsito em julgado da decisão que homologue ou rejeite a providência de recuperação aprovada, declare findos os efeitos do despacho de prosseguimento ou determine a extinção da instância, não podendo, porém, a cessação da suspensão prejudicar o disposto nos artigos 95º, n. 2, e 103º, n. 4.’ Na Espanha, a Ley Concursal 22/2003 dispõe de forma semelhante: ‘Artículo 55. Ejecuciones y apremios.’

‘1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.’ ‘Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.’ ‘2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.’ ‘3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho.’ ‘4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real’”.

³⁸⁹ Rememora-se que Frederick Schauer cunha a ideia de que a regra compõe o estado de direito, pois somente por ela o ideário do estado de direito pode ser assegurado: *The importance of what a rule actually says is not just a point about rules. More pervasively, to ignore the even more ubiquitous importance of what rules do even when what they do appears unfair is to ignore something very important about law itself. It is not law’s purpose, of course, to be unfair for the sake of being unfair. But there is an important group of values—predictability of result, uniformity of treatment (treating like cases alike), and fear of granting unfettered discretion to individual decision-makers even if they happen to be wearing black robes—that the legal system, especially, thinks it valuable to preserve. These values often go by the name of the Rule of Law, and many of the virtues of the Rule of Law are ones that are accomplished by taking rules seriously as rules*”. SCHAUER, Frederick. op.cit., p. 35.

até aquele momento, declaração de inconstitucionalidade, perda da vigência ou derrogação da regra.³⁹⁰

O posicionamento institucional da Suprema Corte dos Estados-Unidos (SCOTUS) e o da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos casos citados, remetem às reflexões teóricas de JEREMY WALDRON³⁹¹ sobre as funções institucionais do Poder Judiciário e sua relação com a denominada “dignidade da legislação” – termo cunhado em seu trabalho “*The dignity of legislation*”.³⁹²

Em outro trabalho de JEREMY WALDRON,³⁹³ já era possível perceber a formatação de sua teoria quanto à autoridade da legislação e sua respeitabilidade por instituições democráticas, embasada na análise do conceito de autoridade política e no princípio da “decisão da maioria” (*principle of majority-decision*).

Segundo WALDRON, uma lei aprovada no Parlamento é ato do Parlamento e não do partido majoritário. Assim, se os cidadãos que dão apoio a um partido minoritário estão obrigados a respeitar a legislação aprovada pela maioria, “é porque devem esse respeito ao legislativo, e aos procedimentos e formas institucionais que o constituem, não porque devem respeitar pela maioria como tal”. Portanto, “mesmo que os procedimentos legislativos e eletivos sejam majoritários, a fidelidade do cidadão é ao princípio da decisão da maioria e não aos (membros da maioria)”.³⁹⁴

³⁹⁰ Assevera-se que não se busca analisar a rigidez ou “crise” do sistema de precedentes no Brasil, mas tão somente explorar a atividade jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça e sua compatibilidade com o sistema mercantil à luz da teoria do direito e do direito comparado. Quanto ao sistema de precedentes nacional, cf.: MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

³⁹¹ Jeremy Waldron busca definir sua posição teórica como “textualista” e não como positivista normativo ou positivista ético. Nesse sentido, cf.: WALDRON, Jeremy. *Partly laws common to all mankind: foreign law in American courts*. New Haven e Londres: Yale University Press, 2012. p. 156. Quanto ao termo “textualista”, Gilberto Morbach explica: “O textualismo de Waldron é aquele a que Marmor chama de ‘textualismo negativo’: um tipo de textualismo para o qual a interpretação judicial não deve basear-se em questões como, por exemplo, a vontade do legislador ou no sentido original do texto; um textualismo que, portanto, permite que as Cortes interpretem de inúmeras formas — mas que insiste na autoridade legislativa e na vinculação à autoridade do texto das normas democraticamente promulgadas, entendidas como atos coletivos”. MORBACH, Gilberto. *Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 277-278.

³⁹² WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

³⁹³ WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

³⁹⁴ “*I think this is based on a deep misapprehension about the political authority of a legislature and about the principle of majority-decision. A statute passed in Parliament is an Act of Parliament, not an act of the majority party. Certainly, it claims whatever authority it has in the community on the basis of that non-partisan characterization (and I am thinking now of the deeper sense of authority explicated, above, in section 6 of Chapter Five). If we think, for example, that ordinary citizens supporting a minority party are bound to respect legislation sponsored by the majority, it is because they owe that respect to the legislature, and to the procedures and institutional forms that constitute it, not because they owe it to the majority as such. Even if the legislative and elective procedures are majoritarian, the citizen's allegiance is to the principle of majority-decision not the (members of the) majority*”. Ibidem, p. 244.

Apoiando-se na afirmativa de SIR JOHN,³⁹⁵ WALDRON explica que vivemos em um “Estado de Legislação”, na direção de uma forma de Estado dedicada à melhora contínua da vida da comunidade, o que se faz por meio de inovações jurídicas explícitas, isto é, pela legislação parlamentar.³⁹⁶ A afirmação do autor se deu pelas críticas posteriores à atuação jurisdicional e seus reflexos de mitigação da legislação criada pelo Parlamento. Por essa razão, ao citar ROSCOE POUND,³⁹⁷ WALDRON comenta ser “moda apontar as deficiências da legislação” e que também “é moda pregar a superioridade da lei feita por juízes”. Afirma que a ciência da legislação não deve ser descartada levemente, pois é fruto de um estudo longo e paciente de especialistas, com colaborações realizadas por meio de conferências, congressos ou associações e outras formas de colaboração social.³⁹⁸

Do ponto de vista teórico, WALDRON critica o positivismo jurídico, ao considerar que, embora essa teoria tenha tradicionalmente dado lugar de distinção à legislação como base do Direito, “os positivistas modernos estão muito menos interessados nisso do que no processo pelo qual o Direito é desenvolvido nos tribunais”. Argumenta que os positivistas conservam a ideia hartiana de “regra de reconhecimento, mas orientam-na para o reconhecimento por qualquer tribunal da validade do resultado de outro tribunal em vez do reconhecimento por um tribunal da decretação de uma legislatura”. Diante disso, “a legislação deliberada, explícita – o tipo que envolve parlamentos, não os tribunais – começa a desaparecer do âmago do retrato positivista”.³⁹⁹

³⁹⁵ STEELEY, Sir JR. *Introduction to political science*. London: Macmillan, 1896.

³⁹⁶ “We live, said Sir John, in a Legislation-state, which is not at all the same thing as a *Rechtstaat*, but rather a form of state devoted to the business of making continual improvements in the life of the community by means of explicit legal innovations, i.e. by parliamentary legislation. We may be committed in principle to *laissez-faire* economics and to free trade, he said; we may accept Mill's principle of liberty so far as society's interference with the private life of the individual is concerned,⁴ but we do not infer from this any principle or moral requirement of government inactivity”. WALDRON, Jeremy. *op.cit.*, p. 7.

³⁹⁷ POUND, Roscoe. *Common law and legislation*. *Harvard Law Review*, v. 21, 1907. p. 383. No original: “*Common Law and Legislation*,”⁴⁰⁴, quoting observations from Baldwin, *Two Centuries' Growth of American Law*. But Pound himself cautions against judicial antipathy to statute law: “It is fashionable to point out the deficiencies of legislation. . . It is fashionable to preach the superiority of judge-made law. It may be well, however, for lawyers and judges to remember that there is coming to be a science of legislation and that modern statutes are not to be disposed of lightly as offhand products of a crude desire to do something, but represent long and patient study by experts, careful consideration by conferences or congresses or associations, press discussion in which public opinion is focused upon all important details, and hearings before legislative committees”.

³⁹⁸ WALDRON, Jeremy. *op.cit.*, p. 8.

³⁹⁹ “For the fact is that, although legal positivism has traditionally given pride of place to legislation as a basis for law, modern positivists are much less interested in this than they are in the processes whereby law is developed in the courts. They maintain the traditional view that law is defined positively in terms of its institutional source (not the moral quality of its content), but the institutions they focus on are courts, not legislatures. They retain the Hartian idea of a rule of recognition, but they orient it towards the recognition by one court of the validity of another court's output, rather than a court's recognition of the enactment of a legislature. And so deliberate, explicit legislation - the kind which involves parliaments not courts - begins to disappear from the core of the positivist picture”. *Ibidem*, p. 15.

O autor não busca elevar a respeitabilidade da legislação com base na “intenção do legislador”. Conforme discorre, as decretações intencionais do legislador são funções constitucionais do ato de votação dos membros individualmente considerados. Assim, a intencionalidade só poderia ser medida por “sim” ou por “não” em uma dada moção; jamais por qualquer outra aspiração ou compreensão sobre o voto. WALDRON conclui o seguinte: “temos que admitir que simplesmente não há maneira de relacionar essas intenções específicas quando abandonamos qualquer suposição de que são uniformes”.⁴⁰⁰

A elevação da dignidade da legislação, segundo WALDRON, é decorrência de questões práticas. A legislação não é apenas “deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembleia – os muitos, a multidão, o Populacho (ou seus representantes)”. Já “os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum”. Quando não estão sozinhos, “estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva”. Diante disso, o contraste do Parlamento é pelo fato de que se trata de um “corpo rebelde” e com número de membros deveras maior que no Judiciário.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ “None of this makes sense, however, or at least none of it makes straightforward sense, in the case of a legislature that is not a single natural individual, a legislature that rather comprises hundreds of members, with radically diverse (indeed, usually politically opposed) opinions and states of mind. I am not saying that such a body cannot have intentions or perform intentional actions. It can, but only in virtue of its formally specified acts - i.e. only by virtue of the constitutional rules (about voting, about First, Second, and Third Readings, etc.) that stipulate what is to count as an Act of Parliament, an Act of Congress or whatever. Beyond that, there is no question of our being able to attribute to the legislature as such any thoughts, intentions, beliefs, or purposes. Beyond the meaning embodied conventionally in the text of the statute that has been put before the House and voted upon, there is no state or condition corresponding to “the intention of the legislature” to which anything else - such as what particular members or groups of members said or thought or wrote or did - could possibly provide a clue. True, the intentional enactments of the legislature are constitutional functions of the voting-acts of the individual members; and those acts of voting must be understood as intentional as well. But what matters here is simply the intentionality of “yea” or “nay” in relation to a given motion, not any hopes, aspirations or understandings that may have accompanied the vote. The legislators have their own individual hopes and expectations of course, but unless it is seriously proposed that we aggregate these states of mind using some sort of shadow majority-rule,⁴⁷ we have to admit that there is simply no way of bringing these particular intentions into relation with one another once we abandon any assumption that they are uniform”. Ibidem, p. 28.

⁴⁰¹ “I think, in the end, that this too is part of what is involved in our jurisprudential unease about legislation. Legislation is not just deliberate, administrative, or political: it is, above all, in the modern world, the product of an assembly - the many, the multitude, the rabble (or their representatives). The judges stand above us in their solitary splendor, with their books, their learning, and their insulation from the conditions of ordinary life. If they are not alone on the bench, they are surrounded by a very small number of intimates of similar distinction, with whom they can cultivate relations of collegiality, scholarship, and exclusionary virtue. A parliament by contrast is an unruly body of many times that number - perhaps a hundred times as many. To echo Blackstone, a long course of training is required to become a judge; but every member of the rabble sent up by the electors to Westminster thinks himself born a legislator. And there are so many of them, one can scarcely hear oneself think. How could this be a dignified way of making or changing the law?”. Ibidem, p. 31.

Por essa razão, o resultado legislativo merece estudo aprofundado e elevação de sua respeitabilidade quando da criação democrática de normas voltadas ao corpo social (destinatários da regra).

O pensamento de JEREMY WALDRON, em sua posição textualista – que “insiste na autoridade legislativa e na vinculação à autoridade do texto das normas democraticamente promulgadas” –, pode ser sintetizado nos pontos a seguir: i) crítica ao *judicial review*, por ser uma via institucional não democrática;⁴⁰² ii) reconhecimento de que o *judicial review*⁴⁰³ é politicamente ilegítimo por retirar do Parlamento e dos cidadãos a autoridade política de suas

⁴⁰² “That is almost the last good thing I shall say about judicial review. (I wanted to acknowledge up front the value of many of the decisions it has given us and the complexity of the procedural issues.) This Essay will argue that judicial review of legislation is inappropriate as a mode of final decisionmaking in a free and democratic society”. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, n. 115, New Haven, p. 1346-1406, abr. 2006. p. 1348.

⁴⁰³ Em que pese não ser objeto da pesquisa, as críticas de Jeremy Waldron são pertinentes em relação ao afastamento e à ineficácia da regra do *stay period* da Lei de Recuperação Judicial pelo Superior Tribunal de Justiça. O conceito de *judicial review* para Jeremy Waldron é assim exposto: “I begin with a brief account of what I mean by judicial review. This is an Essay about judicial review of legislation, not judicial review of executive action or administrative decisionmaking. The question I want to address concerns primary legislation enacted by the elected legislature of a polity. It might be thought that some of the same arguments apply to executive action as well: After all, the executive has some elective credentials of its own with which to oppose decisionmaking by judges. But it is almost universally accepted that the executive's elective credentials are subject to the principle of the rule of law, and, as a result, that officials may properly be required by courts to act in accordance with legal authorization. The equivalent proposition for legislators has been propounded too: Judicial review is just the subjection of the legislature to the rule of law. But in the case of the legislature, it is not uncontested; indeed that is precisely the contestation we are concerned with here. There are a variety of practices all over the world that could be grouped under the general heading of judicial review of legislation. They may be distinguished along several dimensions. The most important difference is between what I shall call strong judicial review and weak judicial review. My target is strong judicial review. [...] a system of weak judicial review, by contrast, courts may scrutinize legislation for its conformity to individual rights but they may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated. Nevertheless, the scrutiny may have some effect. In the United Kingdom, the courts may review a statute with a view to issuing a ‘declaration of incompatibility’ in the event that ‘the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right’ – i.e., with one of the rights set out in the European Convention of Human Rights as incorporated into British law through the Human Rights Act. The Act provides that such declaration ‘does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (. . .) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.’” But still it has an effect: A minister may use such a declaration as authorization to initiate a fast-track legislative procedure to remedy the incompatibility. (This is a power the minister would not have but for the process of judicial review that led to the declaration in the first place.)”. WALDRON, Jeremy.op.cit., p. 1353-1355.

decisões por um ato singular ou até coletivo de juízes não eleitos;⁴⁰⁴ iii) crítica ao juízo moral, pela ausência de justificação por uma metodologia.⁴⁰⁵

Associando as premissas de WALDRON à problemática da prorrogação do *stay period*, verifica-se que suas críticas encontram certo espaço de acomodação na temática debatida neste trabalho. Isso porque, com base na decisão judicial que possibilitou a prorrogação do *stay period*, quando a regra taxativamente propugnava que em “hipótese nenhuma” se prorrogaria o “prazo improrrogável”, tais críticas suscitam a noção de ausência de legitimidade e de qualidade democrática do julgador para criar regras em prejuízo daquela formatada pelo legislador.

Também se verifica confluência entre aquelas premissas e os julgados do STJ e do TJDFT, nos quais não se observa uma metodologia clara ou um processo interpretativo para aplicação do juízo moral (princípio da preservação da empresa) no caso concreto.⁴⁰⁶ Alguns julgados caminham no sentido de que a empresa tem sua função social sem incursão na viabilidade da recuperação judicial. Já outros prorrogam o *stay period* pelo simples fato de o STF assim já ter decidido. Não há qualquer inferência, nos casos analisados, da efetiva recuperação da empresa ou menção de injustiça extrema para justificar um ato de derrotabilidade no caso concreto.

No Recurso n. 2282337-33.2020.8.26.0000, do TJSP, o que se aferiu foi a dedicação à regra disposta na norma e sua robustez vigente, enquanto não afastada do sistema normativo pelo legislativo (revogação ou derrogação) ou por juízo de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Não se certifica, pelas razões desse acórdão, nenhum juízo “derrotista” em relação aos julgados do STJ, mas tão somente a aplicação da regra (taxativa) da forma que foi posta pelo legislador, por razões de estabilidade das relações mercantis, frente a variações interpretativas,

⁴⁰⁴ “*In this Essay, I shall argue that judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.*” Ibidem, p.1353.

⁴⁰⁵ A posição de WALDRON pode ser exposta no seguinte trecho: “*But how exactly are we to assess the truth or falsity of a moral judgement? What does the assessment involve? What procedures? What methodology? We are never told. For a proposition to be a possible object of knowledge, it is not sufficient for it to be some gesture in the direction of justification for the true belief in question, and in particular a non-trivial sense of justification that would have some connection and sensitivity to the distinction between the genesis of true belief and the genesis of false belief.*” WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 179.

⁴⁰⁶ Nesse sentido: “*Não há nesses julgados subsunção dos fundamentos empregados pelos relatores à conformação científica de princípio, a não ser que entendamos que sua derivação decorre exclusivamente de ‘norma de reconhecimento manifestada na prática de tribunais’, identificadas pelo critério pedigree de Hart.*” NEGRÃO, Ricardo. op.cit., p. 40.

e, por fim, por deferência ao Estado Democrático de Direito. A manutenção desse Estado se faz por meio da atenção às regras, nos termos da literatura de SCHAUER.

Portanto, se o desiderato do instituto *stay period* é preservar empresas viáveis, independentemente de prazo, caberia ao Legislativo a formatação de regra nesse sentido.⁴⁰⁷ Não por outra razão que não a opção política, a criação da Lei n. 14.112 de 2020, curvando-se à posição do STJ, aquiesceu com a prorrogação do *stay period*. Manteve, contudo, a limitação do prazo a 180 dias e a prorrogação como conduta excepcional e por igual período.⁴⁰⁸

Nessa perspectiva, a elevação da autoridade legislativa como legítima para criar regras no sistema jurídico e a respeitabilidade da sistemática do Direito Mercantil manifestam sinais ao julgador quando da sua aplicação. Tais sinais são alusivos à primazia da regra, à previsibilidade dos resultados e à referência ao Direito legislado pelo Parlamento.

Portanto, valendo-se das palavras de RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR, a teoria jurídica cumpriu sua função de garantir estabilidade às opiniões jurídicas de forma racionalizada e unificante.⁴⁰⁹ Franqueou, na presente pesquisa, a conclusão pela primazia da regra no sistema mercantil, com base em argumentos teóricos do campo da filosofia do Direito e na reflexão acerca das decisões judiciais dedicadas ao Direito comercial.

⁴⁰⁷ Nesse sentido conclui Fernando Pompeu: “Dessa forma, entende-se que o melhor caminho poderia ter sido a inclusão de se poder estender a prorrogação por duas vezes (o que atingiria 540 dias), podendo-se, em casos excepcionais, sob a análise do juiz, com auxílio do Administrador Judicial e do Ministério Público, estender-se até a homologação do plano (em caso de aprovação), outro ponto que devemos destacar no tocante à redação atual” (LUCCAS, Fernando Pompeu. A permissão de prorrogação do *stay period* proveniente da Lei 14.112/2020. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CANTO, Jorge Luiz Lopes do; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Moderno direito concursal: análise plural das Leis n. 11.101/05 e n. 14.112/20*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p.123-138. p. 135).

⁴⁰⁸ Esclarece-se que a análise se limita tão somente pela perspectiva metodológica, sem proceder a juízo de valor acerca da efetividade da nova lei, a qual poderá se revelar, por questões práticas, problemática como a redação antiga. Idem. Ibidem.

⁴⁰⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Teoria, filosofia e dogmática jurídica: rigor e método. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). *Teoria do direito contemporânea: autores e temas*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 17-38. p. 23.

CONCLUSÃO

A aplicação da norma original do *stay period* da Lei de Recuperação Judicial e de Falências (§ 4º do art. 6º da Lei n. 11.101 de 2005) experimentou, entre 2005 e 2020 (advento da Lei n. 14.112, de 2020), um desbotamento de seu comando normativo quanto à improrrogabilidade do prazo de 180 dias, ao ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, encartado no art. 47 daquela mesma lei de 2005.

O estudo buscou avaliar as decisões do Superior Tribunal de Justiça sob as seguintes perspectivas: i) autonomia e dignidade científica do Direito Mercantil; ii) exposição do Direito estadunidense que serviu de base fundante para a Lei n. 11.101, de 2005; iii) delimitação conceitual do princípio da preservação da empresa; iv) função da regras no sistema jurídico, a partir da leitura de H.L.A HART, JOSEPH RAZ e FREDERICK SCHAUER e a derrotabilidade normativa; v) comparação da postura institucional do STJ com as adotadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pelo TJSP, em relação à aplicação de regras recuperacionais.

Para tanto, fez-se necessária a descrição do Direito Mercantil com suas peculiaridades e autonomia, digressões históricas, estudo do Direito estadunidense e, por fim, análises sobre a função da regra com fulcro em abordagens filosóficas.

Primeiramente, demonstrou-se a constituição do Direito Mercantil com princípios e regras próprias, normas que são diferenciadas das regras de outros ramos do Direito, em razão da finalidade de regular o comportamento dos agentes no exercício de atos comerciais (econômicos) e de adaptar os normativos às necessidades econômicas. Com isso, pode-se acrescentar que o Direito Mercantil exige, para o bom tráfego econômico, a respeitabilidade de suas regras e a redução de custos de transação oriundos da incerteza própria das decisões judiciais.

Com efeito, a autonomia do Direito Mercantil encontrou confluência com a evolução histórica da legislação dos Estados Unidos, haja vista que a inauguração do Direito recuperacional nesse país teve como base normativa as necessidades das empresas em tempos de crise. E posteriormente, ele influenciou sobremaneira o Direito brasileiro, principalmente com o ideário recuperacional da preservação da empresa.

Esclarecida a correlação entre o Direito recuperacional brasileiro e o Direito estadunidense, pôde-se formular análise dos julgados do STJ acerca do *stay period* da Lei n. 11.101 de 2005. Verificou-se que as conclusões dessa Corte quanto ao tema não eram compatíveis com as necessidades econômicas do Direito Mercantil (previsibilidade, segurança

jurídica e necessidade de redução de custos de transação), nem se revelaram compatíveis também com a lógica empregada pelo Direito estadunidense, segundo o qual as necessidades do Direito recuperacional foram sempre atendidas por sucessivas alterações legislativas.

Registra-se, ainda, que a autorização do STJ de prorrogar o prazo do *stay period* não consistiu em mero exercício interpretativo do Poder Judiciário, ainda que amparado no princípio da preservação da empresa do art. 47 da Lei n. 11.101, de 2005. Tampouco resultou em derrotabilidade de regras. Logo, o entendimento do STJ representou uma criação de regra, embasada na norma geral da preservação da empresa, sem, contudo, cuidar das peculiaridades de cada caso (recuperações fracassadas) e sem observar o poder multiplicador do entendimento por outros Tribunais.

Nesse contexto, impõe-se observar aquilo que se denominou de “levando as regras a sério” na perspectiva de H.L.A HART, FREDERICK SCHAUER e JOSEPH RAZ. Demonstrou-se que o “caminhar principiológico” nos julgados analisados não evidenciou metodologia alicerçada nos primados da teoria do Direito; não alcançou as premissas da teoria positivista nem da perspectiva dworkiniana; e, também, não se valeu do instituto da “derrotabilidade” (*defeasibility*). Houve, tão somente, sobreposição de uma norma geral (princípio da preservação da empresa) sobre uma regra específica (improrrobabilidade do prazo de *stay period*)

A função da regra em estabelecer previsibilidade dos resultados e diminuir a excessiva discricionariedade do julgador torna ainda mais claro seu reforço em matérias de Direito Mercantil, sobretudo em sede de Direito recuperacional. Em sendo assim, a disposição de regras mercantis pormenorizadas dispensa consideração de novas razões pelo Poder Judiciário no momento de sua aplicação, visto que a análise da regra em cada aplicação altera sua finalidade de dispor regras gerais de comportamento.

Os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos revelaram o problemático exercício do papel institucional do Poder Legislativo, no que diz respeito à criação de normas mercantis pormenorizadas, porque sua aplicação é enfraquecida, posteriormente, em razão de julgamentos de cunho principiológico.

Essa problemática, porém, foi rechaçada pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *States v. Noland, trustee for debtor First Truck Lines, Inc* e *Law v. Siegel, Chapter 7 Trustee*. Foram reformadas decisões que privilegiavam aplicação de normas gerais em prejuízo das normas específicas em sede recuperacional, em razão da competência do Poder Legislativo para legislar sobre a temática.

Em postura similar, o TJSP se mostrou deferente à regra do *stay period* do art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101, de 2005, ao não identificar sobreposição de normas pelo Poder Legislativo ou declaração de inconstitucionalidade.

Assim foi o panorama desenvolvido para apresentação da necessidade premente de maior deferência à legislação mercantil cunhada com base em um julgamento político, ainda que não unânime, do Poder Legislativo, o qual detém a legitimidade institucional para construir regras destinadas às empresas em crise.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ABRÃO, Nelson. *O novo direito falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Noaves; ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 131-161.
- ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE. *Perception and reality: American Bankruptcy Institute Survey on selected provisions of the 1984 – amendments to the bankruptcy Code*, Washington: ABI, 1987.
- ARMANI, Wagner José Penereiro; FERREIRA, Rodrigo Eduardo; JOVETTA, Diogo Cressoni. *Direito comercial: teoria geral da empresa e direito das sociedades*. 3. ed. Campinas: AFJ, 2022. v. 1.
- ARMOUR, John *et al.* What is corporate law. In: KRAAKMAN, Reinier *et al.* *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 1-28.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Análise econômico-jurídica da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Privado da Faculdade Mineira de Direito*, p. 223-224, out. 2006.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Teoria geral do direito comercial: introdução à teoria da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- ATRIA, Fernando. *On law and legal reasoning*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 89, p. 183-194, 1994.

BAKER, G.P. Defeasibility and Meaning. In: HACKER, P. M. S.; Raz, J. (ed.). *Law, morality and society: essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, p. 415-434, 1973.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 87-117.

BELTRÁN, Jordi F.; RATTI, Giovanni B. Legal defeasibility: an introduction. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-7.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche books, 2000.

BIX, Brian. *Defeasibility and open texture*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (org.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 193-201.

BLACK, Henry Campbell; NOLAN, Joseph R. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BROŹEK, Bartosz. Law and defeasibility. *Revus*, n. 23, p. 165-170, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de HLA Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 1, p. 307-327, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, William Eustaquio de. Apontamentos sobre o princípio da preservação da empresa. In: GOULART, Eduardo *et al.* *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: a preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. Em busca da dignidade científica do direito comercial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, v. 5, n. 2, p.77-97, 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php>. Acesso em: 20 jul. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 21. ed. São Paulo: 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Origem do direito comercial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 35, n. 103, jul./set. 1996.

COROTTO, Allen F.; PICARD, Irving H. *Business reorganizations under the Bankruptcy Reform Act of 1978 – a new approach to investor protections and the role of the SEC*. DePaul Law Review, v. 28, n.4, p. 961-1006, 1979.

COSTA, Salustiano Orlando de Araujo. *Código commercial do Brazil: anotado com toda a legislação do paiz que lhe é referente, com os arestos e decisões mais notaveis do tribunaes e juizes, concordado com a legislação dos paizes estrangeiros mais adiantados, com um vasto e copioso appendice, tambem anotado, contendo não so todos os regulamentos commerciaes, como os mais recentes actos do governo, quer sobre bancos e sociedades anonymas, quer sobre impostos, dispensando consultar-se a Collecção das leis do Imperio*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1896.

CUBEIRO, Manuel Torres. *Niklas Luhmann*. Coruña: Baía Pensamento, 2008.

D`ALMEIDA, Luís Duarte. *Allowing for exceptions: a theory of defences and defeasibility in law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, José Elves Batista Dias. *Recuperação judicial de empresas: uma análise sob a perspectiva econômica do direito*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2018.

DIAS, Ronaldo Souza. *Duas classes de argumentos práticos*. 2012. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio da conservación de la empresa en la ley concursal*. Madrid: Civitas, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, abr. 1975.

DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*, v. 60, n. 21, p. 624-638, 1963.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: The Belknap Press, 2006.

ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. Autoridade e normatividade em Joseph Raz. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 20, n. 2, p. 145-175, maio/ago. 2018.

EPSTEIN, David G. *Bankruptcy and related law in a nutshell*. 6. ed. St. Paul: West Group, 2002.

FARIA, Alberto de. *Mauá*. Rio de Janeiro: Pongetti e Cia., 1926.

FARIA, Marina Zava de. *A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do direito comercial brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. *The evolution of U.S. Bankruptcy law: a time line*. Disponível em: https://www.rib.uscourts.gov/newhome/docs/the_evelution_of_bankruptcy_law.pdf. Acesso em: 14 abr. 2022.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. A derrotabilidade da regra tributária. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 40, p. 417-440, 2018.

FERREIRA, Waldemar. Concordata preventiva. A proibição ao concordatário de contrair novas obrigações. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 30, n. 4, p. 693-701, 1934.

FETERIS, Eveline. Weighing and balancing in the justification of judicial decisions. *Informal Logic*, v. 28, n. 1, p. 20-30, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo Malheiros, 1997.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRISBY, Sandra. In search of a rescue regime: the enterprise act 2002. *The Modern Law Review*, v. 67, n. 2, p. 247-272, 2004.

GARCIA, Juan Ignacio Peinado. *Estudios de derecho concursal*. Madri: Marcial Pons, 2006.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. *A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GLEZER, Rubens Eduardo. *O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Torino: Utet, 1913.

GRAEFF, Patrícia: *Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do direito segundo Herbert Hart*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto Alegre, 2015.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Recuperação de empresas. In: COSTA, Thales Moraes. (org.). *Introdução ao direito francês*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. v. II.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HART, Herbert. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

HART, Herbert. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, p. 529-593, 1958.

HART, Herbert. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, n. 1, p. 171-194, 1949.

HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, p. 75-124, 1997.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 46, p. 44-49, jan./mar. 2007.

JANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. *Droit comercial: enterprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

JORDAN, Robert L; WARREN, William D. *Bankruptcy: cases, problems and materials*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1955.

KARAM, Munir. *A jurisprudência dos tipos: doutrinas essenciais de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 711-725.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 128, p. 7-14, 2002.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da insolvência*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. Rio de Janeiro: Academica, 1874. t. II.

LUCCAS, Fernando Pompeu. A permissão de prorrogação do *stay period* proveniente da Lei 14.112/2020. In: ABRÃO, Carlos Henrique; CANTO, Jorge Luiz Lopes do; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Moderno direito concursal: análise plural das Leis n. 11.101/05 e n. 14.112/20*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 123-138.

LYAZAMI, Nahid. *La prévention des difficultés des entreprises: étude comparative entre le droit français et le droit marocain*. 2013. Tese (Doutorado) – Université de Toulon, Toulon, 2013.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. 1. ed. São Paulo: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. Law as institutional fact. *Edinburgh University Inaugural Lecture*, n. 52, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1973.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *The institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Dordrecht, Boston: D. Reidel, 1986.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Teoria, filosofia e dogmática jurídica: rigor e método. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). *Teoria do direito contemporânea: autores e temas*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 17-38.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação da Empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 21-45.

MALCHER FILHO, Clóvis Cunha da Gama. A autonomia do direito privado e a necessidade de um novo código comercial: a abrangência do anteprojeto. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. *Novas reflexões sobre o projeto de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73-85.

MAMEDE, Gladston. *O risco dos juízes criativos*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/04/23/juizes-criativos-recuperacao-empresas/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

MARCONDES, Sylvio. Da atividade negocial: empresários e sociedades. In: MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 49, p. 11-58, 2009.

MARMOR, Andrei. *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*. New York: Springer, 2011. v. 11.

MARTIN, Nathalie D. The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation. *Boston College International and Comparative Law Review*, n. 28, 2005. p. 1-77.

MARTINS FILHO, Antônio. Waldemar Ferreira e a evolução doutrinal do direito mercantil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 45, p. 240-262, 1950.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Kitchener: Batoche Books, 2001.

MORBACH, Gilberto. *Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. *Preservação da empresa*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: a teoria de direito de Joseph Raz*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- NOEL, Francis Regis. *A history of the bankruptcy law*. Washington, DC: CH Potter, 1919.
- NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- PASOLD, César Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. Florianópolis: Conceito, 2008.
- PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Débora. O paradigma pós-positivista do direito privado e a centralidade do objetivo lucrativo da empresa. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 1, p. 53-61, 2016.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I – Disposições Preliminares. *In: Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Segunda Parte. p. 57-143.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006.
- PIMENTEL JR., Washington Luiz Dias. O *automatic stay* e o *stay period*: um paralelo entre o regime norte-americano e brasileiro quanto aos mecanismos iniciais de proteção dos ativos da empresa em recuperação judicial. *In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Márcia (coord.). Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 211-224.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007.
- POSTEMA, Gerald J. PATTARO, Enrico (ed). *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence – Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. v. 11. Nova York: Springer, 2011.
- POSTEMA, Gerald J.; PATTARO, Enrico (ed.). *Bentham and the common law tradition*. Oxford: Oxford University Presse, 1986.
- POUND, Roscoe. Common law and legislation. *Harvard Law Review*, v. 21, p. 383-407, 1907.
- PRAKKEN, Henry. *Logical tools for modelling legal argument: study of defeasible reasoning in law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

- RAMMÊ, Adriana Santos; SILVA, Rafael Peteffi da. Recuperação judicial: axiologia, objetivo e interesses externos à empresa. *Prisma Jurídico*, v. 13, n. 1, p. 271-302, jan./jun. 2014.
- RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F. Defeasibility and legality: a survey. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 11-38.
- RAWLS, Jhon. Two concept of rules. *The Philosophical Review*, v. 64, p. 3-32, 1955.
- RAZ, Joseph. *Authority and justification*. Philosophy and public affairs, v. 14, n. 1, p. 3-29, 1985.
- RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- RAZ, Joseph. Legal principals and the limits of law. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 5, p. 823-854, abr. 1972.
- RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- RAZ, Joseph. Reasons for action, decisions and norms. *Mind*, v. 84, n. 336, p. 481-499, 1975.
- RAZ, Joseph. The argument from justice, or how not to reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 17-36.
- RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2009.
- RIBEIRO NETO, João Costa. *Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do legislador e a intensidade do controle exercido pelo juiz constitucional*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
- RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. A função social da propriedade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 38, p. 121-134, 1.sem. 2010.
- RICHARD, Efrain Hugo. *Perspectiva del derecho de la insolvência*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.
- RINGE, Wolf-Georg (org.). *Current issues in European financial and Insolvency Law. perspectives from France and the UK*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- ROCCO, Alfredo. *Principii di diritto commerciale: parte generale*. Torino: Unione Tipografico-editrice torinese, 1928.
- RÓDENAS, Ángeles Calatayud. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa*, n. 24, p. 63-83, 2001.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A autonomia do direito comercial e o direito da empresa. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 105, 2010. p. 1235-1250.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A fattispecie "empresários" no Código civil de 2002. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 45, p. 7-15, out./dez. 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Madri: Marcial Pons, 2004.

SCHAUER, Frederick. On the supposed defeasibility of legal rules. *Current Legal Problems*, v. 51, n. 1, p. 223-240, 1998.

SCHAUER, Frederick; Spellman, B. Is defeasibility an essential property of law? In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-17.

SCHAUER, Frederick; Spellman, B. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press, 2009.

SGARD, Jérôme. *Bankruptcy laws: part of a global history*. Abril 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228396805_Bankruptcy_Laws_Part_of_a_Global_History. Acesso em: 25 mar. 2022.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: aspectos filosóficos*. Disponível em: https://www.academia.edu/19557628/Direito_e_linguagem_aspectos_filos%C3%B3ficos. Acesso em: 3 mar. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, jan./jul. 2003.

SKEEL Jr., David A. *Debt's dominion: a history of bankruptcy law in America*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2001.

SKEEL Jr.; David A. The genius of the 1898 Bankruptcy Act. *Bankruptcy Developments Journal*, v. 15, p. 321-341, 1999. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/720. Acesso em: 10 fev. 2022.

SPELLMAN, Barbara A.; SCHAUER, Frederick. Legal reasoning. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*, n. 2012-09, p. 1-48, fev. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2000788>. Acesso em: 9 abr. 2022.

STAMMLER, Rudolf. *Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung: Eine Sozialphilosophische Untersuchung*. Verlag: Von Veit, 1896.

STEELEY, Sir JR. *Introduction to political science*. London: Macmillan, 1896.

STRUCHINER, Noel; MARCONDES, Danilo. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 99, p. 283-302, 2004.

TABB, Charles Jordan. The history of the bankruptcy laws in the United States. *American Bankruptcy Institute Law Review*, v. 3, p. 5-51, 1995.

TABB, Charles Jordan. *The law of bankruptcy*. New York: Foundation Press, 1997.

TABB, Charles Jordan. What's wrong with Chapter 11? *Syracuse Law Review*, v. 71, p. 557-596, 2021.

TABB, Charles Jordan; BRUBAKER, Ralph. *Bankruptcy law: principles, policies, and practice*. Cincinnati: Anderson Publishing, 2003.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia. In: ZUFELATO, Camilo *et.al* (coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 27-38.

TARUFFO, Michele. O fato e a interpretação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 26, n. 2, p. 195-208, jul./dez. 2010.

TEBET, Ramez. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3499286&ts=1543124866977&disposition=inline> . Acesso em: 15 mar. 2022.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Notas sobre a evolução histórica do direito da insolvência nos EUA. In: MARTINS, André Chateaubriand; YAGUI, Marcia (coord.). *Recuperação judicial: análise comparada Brasil-Estados Unidos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 19-52.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018.

THE WORLD BANK. *Creditor rights and insolvency standard*. Disponível em: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/538701606927038819-0130022020/original/ICRStandardJan2011withC1617.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2022.

THE WORLD BANK. *Principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes*. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights>. Acesso em: 9 abr. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3.

TUR, R.H.S. Defeasibilism. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 21, p. 355-368, 2001.

VIDIGAL, Erick. A lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 186, n. 47, p. 171-193, 2010.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Partly laws common to all mankind: foreign law in American courts*. New Haven e Londres: Yale University Press, 2012.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, n. 115, New Haven, p. 1346-1406, abr. 2006.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WANDERER, Bertrand. *A inaplicabilidade, em regra, dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

WARREN, Charles. *Bankruptcy in United States history*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

WARREN, Elizabeth. *Chapter 11: reorganizing American businesses*. New York: Aspen Publishers, 2008. (Essentials)

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

ZYWICKI, Todd J. The past, present, and future of bankruptcy law in America. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 6, p. 2016-2036, maio 2003.