

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO

CLESIA DOS SANTOS BARROS

**SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS E INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL:
FUNDAMENTOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA RECUPERAÇÃO
EXTRAJUDICIAL PELA VIA DO TABELIONATO DE NOTAS**

SÃO PAULO – SP
2025

CLESIA DOS SANTOS BARROS

**SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS E INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL:
FUNDAMENTOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA RECUPERAÇÃO
EXTRAJUDICIAL PELA VIA DO TABELIONATO DE NOTAS**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade Nove de Julho de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Estruturas do Direito Empresarial, sob orientação do professor Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

SÃO PAULO – SP
2025

Barros, Clésia dos Santos.

Sistema de justiça multiportas e insolvência empresarial: fundamentos da desjudicialização da recuperação extrajudicial pela via do tabelionato de notas. / Clésia dos Santos Barros. 2025.

202 f.

Tese (Doutorado)- Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2025.

Orientador (a): Prof. Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

1. Insolvência empresarial.
 2. Desjudicialização.
 3. Fundamentos.
 4. Estudo comparado.
 5. Recuperação extrajudicial por tabelionato de notas.
 6. Conciliação e mediação.
- I. Calças, Manoel de Queiroz Pereira. II. Título

CDU 34

CLESIA DOS SANTOS BARROS

**SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS E INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL:
FUNDAMENTOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA RECUPERAÇÃO
EXTRAJUDICIAL PELA VIA DO TABELIONATO DE NOTAS**

Tese defendida e apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças
Orientador – UNINOVE

Dr.
Examinador Interno – UNINOVE

Dr.
Examinador Interno – UNINOVE

Dr.
Examinador Externo –

Dr.
Examinador Externo –

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela perseverança concedida para que essa jornada fosse cumprida.

Aos meus filhos Otavio Augusto Barros de Souza, Sophya Barros Bourguignon e Yolanda Maria Barros Bourguignon (*in memoriam*), presentes caríssimos enviados por Deus, que sempre me trazem alegria de viver.

A minha mãe, Zilneide dos Santos Barros, por sua postura forte e sábia, que sempre me ajudou a vencer os obstáculos colocados pela vida.

Ao meu orientador professor Manoel de Queiroz Pereira Calças por ter inspirado o tema desse trabalho.

Aos membros da banca por terem aceitado o convite e por participarem de um momento tão especial em minha vida.

A toda direção e professores da UNINOVE por terem colaborado significativamente na minha formação acadêmica.

“A empresa continua sendo um fenômeno desafiante para o Direito, não obstante já tenham decorrido tantos anos desde o seu primeiro aparecimento na legislação através do Código Napoleônico”.

Waldirio Bulgarelli

RESUMO

Este trabalho parte do fundamento de que a recuperação da empresa em estado de crise é de suma importância, tendo respaldo jurídico nos princípios da função social e da preservação da empresa, os quais são garantidos constitucionalmente como uma espécie de “direito-dever” da propriedade empresarial, cujo exercício está direcionado ao desenvolvimento da economia de mercado e de toda sociedade, mediante circulação econômica de produção de bens e serviços, objeto de estudo da terceira fase do Direito Comercial. Nesse sentido, e nada obstante os avanços da recuperação judicial e extrajudicial no Brasil por meio da Lei nº 11.101/2005, permanece necessária a desformalização, a desburocratização e a desjudicialização do sistema reorganizatório da empresa, sob o pálio da justiça multiportas. Com base em um estudo comparativo do direito concursal estadunidense, francês, argentino e português com o brasileiro, a presente tese discute a possibilidade de implementação da recuperação extrajudicial por meio do tabelionato de notas, além da possibilidade de implementação de conciliação ou mediação nos cartórios, analisando suas vantagens para o regime jurídico concursal nacional, propondo como resultado do trabalho desenvolvido um esboço de escritura pública de recuperação consensual extrajudicial e uma minuta projeto de lei contendo um balanço crítico dos principais problemas examinados no âmbito da recuperação nesta pesquisa, notadamente: (a) *stay period* e *automatic stay*; (b) nomeação de síndico ou administrador; (c) possibilidade de acordo ou *workout agreement*; (d) conciliação e mediação; (e) atividade judicial homologatória; (f) confidencialidade; (g) necessidade de intervenção ministerial; (h) *cram down*; (i) efeitos perante terceiros.

Palavras-chave: insolvência empresarial; desjudicialização; fundamentos; estudo comparado; recuperação extrajudicial por tabelionato de notas; conciliação e mediação.

ABSTRACT

This work is based on the premise that company recovery in a state of crisis is of the utmost importance, with legal backing in the principles of the social function and preservation of the company, which are constitutionally guaranteed as a kind of "right-duty" of business property, the exercise of which is aimed at the development of the market economy and of society as a whole, through the economic circulation of the production of goods and services, the object of study of the third phase of Commercial Law. In this sense, and despite the advances in judicial and extrajudicial recovery in Brazil through Law 11.101/2005, it remains necessary to de-formalize, de-bureaucratize and de-judicialize the company's reorganization system, under the umbrella of multi-door justice. Based on a comparative study of US, French, Argentine and Portuguese insolvency law with Brazilian law, this thesis discusses the possibility of implementing out-of-court reorganization through a notary's office, in addition to the possibility of implementing conciliation or mediation in notary's offices, analyzing its advantages for the national insolvency legal system, proposing as a result of the work carried out a draft public deed of consensual out-of-court reorganization and a draft bill containing a critical assessment of the main problems examined in the context of reorganization in this research, notably: (a) stay period and automatic stay; (b) appointment of liquidator or administrator; (c) possibility of agreement or workout agreement; (d) conciliation and mediation; (e) homologatory judicial activity; (f) confidentiality; (g) need for ministerial intervention; (h) cram down; (i) effects vis-à-vis third parties.

Keywords: business insolvency; de-judicialization; fundamentals; comparative study; out-of-court recovery by notary public; conciliation and mediation.

RESUMEN

Este trabajo parte de la premisa de que la recuperación de la empresa en estado de crisis es de suma importancia, con respaldo jurídico en los principios de la función social y de preservación de la empresa, garantizados constitucionalmente como una especie de «derecho-deber» de la propiedad empresarial, cuyo ejercicio tiene como objetivo el desarrollo de la economía de mercado y de la sociedad como un todo, a través de la circulación económica de la producción de bienes y servicios, objeto de estudio de la tercera fase del Derecho Mercantil. En este sentido, y a pesar de los avances en la recuperación judicial y extrajudicial en Brasil a través de la Ley 11.101/2005, sigue siendo necesario desformalizar, desburocratizar y desjudicializar el sistema de reorganización empresarial, bajo el paraguas de la justicia multipuertas. A partir de un estudio comparativo del derecho concursal estadounidense, francés, argentino y portugués con el derecho brasileño, esta tesis discute la posibilidad de implementar la reorganización extrajudicial a través de una notaría, así como la posibilidad de implementar la conciliación o mediación en las notarías, analizando sus ventajas para el sistema jurídico concursal nacional, proponiendo como resultado del trabajo realizado un proyecto de escritura pública de reorganización extrajudicial consensual y un proyecto de ley que contiene una evaluación crítica de los principales problemas examinados en el contexto de la reorganización en esta investigación, en particular: (a) plazo de suspensión y suspensión automática; (b) nombramiento de liquidador o administrador; (c) posibilidad de convenio o acuerdo de workout; (d) conciliación y mediación; (e) actividad judicial homologatoria; (f) confidencialidad; (g) necesidad de intervención ministerial; (h) cram down; (i) efectos frente a terceros.

Palabras clave: insolvencia empresarial; desjudicialización; fundamentos; estudio comparado; recobro extrajudicial por fedatario público; conciliación y mediación.

RÉSUMÉ

Ce travail est basé sur la prémissse que la récupération des entreprises en état de crise est de la plus haute importance, avec le soutien juridique des principes de la fonction sociale et de la préservation de l'entreprise, qui sont garantis constitutionnellement comme une sorte de « droit-devoir » de la propriété commerciale, dont l'exercice est destiné au développement de l'économie de marché et de la société dans son ensemble, à travers la circulation économique de la production de biens et de services, l'objet d'étude de la troisième phase du droit commercial. En ce sens, et malgré les avancées en matière de redressement judiciaire et extrajudiciaire au Brésil grâce à la loi 11.101/2005, il reste nécessaire de déformaliser, de débureaucratiser et de déjudiciariser le système de réorganisation des entreprises, sous l'égide de la justice multi-porte. Sur la base d'une étude comparative du droit de l'insolvabilité américain, français, argentin et portugais avec le droit brésilien, cette thèse examine la possibilité de mettre en œuvre une réorganisation extrajudiciaire par l'intermédiaire d'un bureau de notaire, ainsi que la possibilité de mettre en œuvre une conciliation ou une médiation dans les bureaux de notaire, en analysant ses avantages pour le système juridique national de l'insolvabilité, en proposant comme résultat du travail effectué un projet d'acte public de réorganisation extrajudiciaire consensuelle et un projet de loi contenant une évaluation critique des principaux problèmes examinés dans le contexte de la réorganisation dans cette recherche, en particulier: (a) délai de suspension et suspension automatique; (b) nomination du liquidateur ou de l'administrateur; (c) possibilité d'accord ou d'accord de sauvetage; (d) conciliation et médiation; (e) activité judiciaire homologuée; (f) confidentialité; (g) nécessité d'une intervention ministérielle; (h) cram down; (i) effets à l'égard des tiers.

Mots-clés: insolvabilité des entreprises; dé-judiciarisation; fondations; étude comparative; recouvrement extrajudiciaire par le notaire; conciliation et médiation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABBI	Associação Brasileira de Bancos Internacionais
ACC	Acordo de Credores
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
CE	Comunidade Europeia
CEJUSC	Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania
CF	Constituição Federal
CIRE	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica
CPC	Código de Processo Civil
DGPJ	Direção-Geral da Política de Justiça
DRC	<i>Dispute Resolution Center</i>
FONAREF	Fórum nacional de Recuperação Empresarial e Falência
LCQ	<i>Ley de Concursos e Quiebras</i>
LRE	Lei de Recuperação de Empresas
NUPEMEC	Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
UE	União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 FUNDAMENTOS DO DIREITO CONCURSAL MODERNO	16
2.1 Fases do Direito Comercial	16
2.1.1 Primeira fase do Direito Comercial	18
2.1.2 Segunda fase do Direito Comercial	20
2.1.3 Terceira fase do Direito Comercial	21
2.1.3.1 Tratamento jurídico da empresa no Brasil.....	25
2.1.3.2 A empresa do Direito concursal moderno	26
2.2 Direito Concursal nos sistemas jurídicos estrangeiros	28
2.2.1 Sistema estadunidense	30
2.2.2 Sistema francês.....	34
2.2.3 Sistema português.....	39
2.2.4 Sistema argentino	41
2.3 Evolução do direito da insolvência no Brasil	44
2.3.1 Concepções clássicas e modernas do estado de insolvência empresarial e a concepção atual de crise da empresa	45
2.3.2 Direito concursal brasileiro	47
2.3.2.1 O período imperial	48
2.3.2.2 O Decreto nº 5.746/1929 (período republicano)	50
2.3.2.3 O Decreto-Lei nº 7.661/1945 (período fascista)	51
2.3.2.4 A Lei nº 11.101/2005 (período neorepublicano)	54
2.3.2.4.1 A recuperação judicial	55
2.3.2.4.2 A recuperação extrajudicial	58
2.3.2.4.3 A falência	61
3 FUNDAMENTOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO	64
3.1 O Acesso à Justiça e o Projeto Florença	64
3.2 Institucionalização do sistema multiportas (<i>multidoor courthouse</i>)	67
3.2.1 O modelo norte-americano	68
3.2.2 O modelo europeu.....	71
3.2.3 O modelo português	73
3.3 Institucionalização do sistema multiportas no Brasil	75
3.3.1 A construção dos mecanismos consensuais como via de tratamento adequado	76
3.3.2 O Código de Processo Civil de 2015 e os mecanismos consensuais	79
3.3.2.1 A obrigatoriedade da conciliação e da mediação	80
3.3.2.2 Negócios processuais atípicos	82

3.4 A aplicação da desjudicialização no processo de recuperação	84
3.4.1 As recomendações nº 58/2019 e 112/2021 do CNJ	85
3.4.2 As inovações da Lei 14.112/2020	87
3.4.2.1 Simplificação do procedimento	87
3.4.2.2 <i>Stay period</i>	89
3.4.2.3 Segurança jurídica	91
3.5 A consensualidade no âmbito do processo de recuperação	92
3.5.1 Interesses conflitantes	93
3.5.2 <i>Consensus bulding</i> e mediação.....	95
3.5.3 Apontamentos finais sobre o fortalecimento da mediação no âmbito da recuperação brasileira.....	97
4 A NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A FUNÇÃO NOTARIAL	99
4.1 Funções estatais: legislação, administração e jurisdição.....	99
4.2 Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária	101
4.3 A natureza jurídica da tutela do processo de recuperação	104
4.3.1 Como atividade jurisdicional	104
4.3.1.1 Como jurisdição contenciosa	106
4.3.1.2 Como jurisdição voluntária	108
4.3.2 O caráter “bifronte” do processo de recuperação	110
4.4 Histórico e função social da atividade dos notários	112
4.4.1 Histórico mundial	112
4.4.2 Histórico brasileiro	115
4.5 Função do notário	118
4.5.1 Regime atual e natureza jurídica	118
4.5.2 Função do notário no meio social	121
4.5.3 Função do notário no meio econômico	123
4.6 A importância da atividade notária para o modelo multiportas	125
4.7 Controle exercido pelos tribunais e a garantia de segurança jurídica ..	128
5 FUNDAMENTOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO CONCURSAL OTIMIZADA POR TABELIONATO DE NOTAS NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL	132
5.1 Elementos da atuação extrajudicial dos cartórios	132
5.1.1 Mediação e conciliação	133
5.1.2 Partes, objeto e procedimento da mediação e da conciliação nos cartórios	135
5.2 Possibilidade de implementação efetiva no âmbito da recuperação extrajudicial	139
5.3 Diálogos com o direito estrangeiro	143

5.3.1 <i>Conciliateur</i> do direito francês	144
5.3.2 <i>Stay period</i> do direito estadunidense.....	146
5.3.3 Aproximação com o <i>acuerdo preventivo</i> extrajudicial do Direito Argentino..	148
5.4 A recuperação extrajudicial e seu aprimoramento a partir da experiência histórica brasileira	150
5.4.1 Aprovação do plano de recuperação	151
5.4.2 Flexibilização da atuação judicial.....	153
5.4.3 O fim do dualismo pendular a que se refere Fábio Konder Comparato	156
5.5 Tabelionato de notas <i>versus</i> tabelionato de protestos	158
5.6 Vantagens do instituto	161
5.6.1 Vantagens	161
5.6.1.1 Celeridade	161
5.6.1.2 Simplificação.....	164
5.6.1.3 Segurança jurídica	167
5.7 Proposta de modificação legal na recuperação extrajudicial (arts. 161 a 167 da LRF).....	169
5.8 Aspectos controvertidos na efetivação da recuperação extrajudicial nas serventias de tabelionato de notas.....	173
5.8.1 Quanto ao nome da recuperação extrajudicial no tabelionato de notas	173
5.8.2 Quanto à homologação do plano de recuperação extrajudicial.....	174
5.8.3 Quanto às impugnações ao plano de recuperação extrajudicial consensual	176
5.8.3.1 A atuação do juiz e do tabelião	178
5.8.4 Quanto à nomeação de administrador judicial	179
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	180
REFERÊNCIAS	187
APÊNDICE A – ESBOÇO DE MINUTA DE ESCRITURA PÚBLICA DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSENSUAL	194
APÊNDICE B – SUGESTÃO LEGISLATIVA: MINUTA DE PROJETO DE LEI.....	197

1 INTRODUÇÃO

Este estudo fundamenta-se na premissa de que a recuperação de empresas em situação de crise assume vital relevância. Tal perspectiva encontra sustentação jurídica nos princípios da função social da empresa e de sua preservação, ambos com garantia constitucional. Esses preceitos consagram uma espécie de "direito-dever" inerente à propriedade empresarial, cujo exercício se orienta ao fomento da economia de mercado, por meio da circulação econômica de bens e serviços, área que constitui o cerne do estudo da terceira fase do Direito Comercial.

Nesse contexto, e apesar dos progressos alcançados pela legislação brasileira de recuperação judicial e extrajudicial (Lei nº 11.101/2005), persiste a necessidade de simplificar e desburocratizar o sistema de reorganização empresarial. É imperativo buscar a "desformalização", a "desburocratização" e a "desjudicialização" desses processos, adotando uma abordagem de justiça multiportas.

A presente tese, por meio de uma análise comparativa do direito concursal de países como Estados Unidos, França, Argentina e Portugal com o ordenamento jurídico brasileiro, explora a viabilidade de instituir a recuperação extrajudicial no âmbito dos tabelionatos de notas. Adicionalmente, investiga a potencial implementação de métodos de conciliação ou mediação nessas serventias, avaliando os benefícios que tais inovações poderiam trazer ao regime jurídico concursal nacional.

Propõe-se, como resultado da pesquisa desenvolvida, um esboço de escritura pública de recuperação consensual extrajudicial e uma minuta de um projeto de lei – ambos integrando o apêndice desta tese – contendo um balanço crítico dos principais problemas examinados no âmbito da recuperação nesta pesquisa, notadamente: (a) *stay period* e *automatic stay*; (b) nomeação de síndico ou administrador; (c) possibilidade de acordo ou *workout agreement*; (d) conciliação e mediação; (e) atividade judicial homologatória; (f) confidencialidade; (g) necessidade de intervenção ministerial; (h) *cram down*; (e) efeitos perante terceiros.

Para atingir esses objetivos, o estudo está dividido em seis seções, incluindo a introdução e a conclusão, com os quais apresentaremos a construção da hipótese e das soluções encontradas para os problemas da recuperação de empresas, ainda deveras judicializada, no Brasil.

A segunda seção do estudo buscará entender os fundamentos do direito concursal moderno, procurando se aprofundar nas ideias que influenciam o atual estado da arte do direito de recuperação, mormente, em relação às aspirações de preservação da empresa e da função social, e como, nesse contexto, os sistemas que dialogam com o sistema brasileiro – no caso, norte-americano, francês, português e argentino – lidam concretamente com a questão da recuperação extrajudicial. Nesta seção, também buscou-se analisar o sistema concursal doméstico, notadamente, no período imperial, republicano e democrático (atual), no intuito de melhor entender e situar os pontos de reflexão em relação aos respectivos institutos.

A terceira seção deste estudo terá a atenção voltada para os fundamentos da desjudicialização e a sua aplicação na recuperação, concentrando-se em analisar os fundamentos teóricos e legais da noção de justiça multiportas, o modelo europeu e norte-americano nessa matéria, e como houve a institucionalização jurídica desses instrumentos autocompositivos no direito brasileiro, com a introdução das Recomendações nº 58/2019 e nº 112/2021 do CNJ e as inovações da Lei 14.112/2020 no disciplinamento da desjudicialização na recuperação.

A quarta seção do estudo buscará examinar a natureza jurídica da recuperação e sua relação com a atividade notária, colocando em evidência a distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária, bem como analisando como os cartórios podem atuar no modelo de justiça multiportas, considerando seu histórico e suas funções no meio econômico e social.

A quinta seção do estudo procurará analisar os fundamentos da desjudicialização otimizada por tabelionato de notas, objetivando demonstrar a possibilidade de operacionalização da recuperação extrajudicial, via mediação ou conciliação, nos cartórios brasileiros.

Nesse sentido, buscou-se encontrar no direito estrangeiro algumas soluções que poderão aprimorar o próprio sistema cartorial de desjudicialização, tornando possível a sua institucionalização como um novo instrumento à disposição das partes para autocomposição de natureza empresarial com a proposta de modificação da recuperação extrajudicial (artigos 161 a 167 da LRF) e minuta de um projeto de lei, inclusa no Apêndice B deste trabalho.

No Apêndice A, foi desenvolvido um esboço de minuta de escritura pública de recuperação consensual extrajudicial.

Infere-se que a recuperação de empresas otimizada por tabelionato de notas poderá ser a regra no direito concursal, pois a desjudicialização mediante a utilização dos cartórios já é uma realidade no cenário brasileiro, que apenas precisará ser aprimorada pelo legislador para atingir a sua finalidade de pacificação e melhoramento social.

Por fim, consigna-se que esta tese foi desenvolvida a partir da Linha de Pesquisa 1 do programa de doutorado da Universidade Nove de Julho, sob a orientação do professor Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças, que investiga as estruturas do Direito Empresarial, a começar pela empresa, vista a partir da ordem econômica. As estruturas do Direito Empresarial são o ponto de partida dessa linha, com destaque para o poder econômico, elemento estrutural central para o estudo do Direito Empresarial, o que engloba os sistemas de insolvência.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO CONCURSAL MODERNO

A presente seção pretende analisar a evolução do direito da insolvência empresarial nos sistemas jurídicos modernos, considerando o paradigma da empresa como um fenômeno comercial do capitalismo legitimado pela instituição estatal que remonta ao período da modernidade, o qual vivenciou diversas fases, até resultar no seu grau de maturação contemporâneo.

Assim, o objetivo desta seção é examinar o instituto da empresa, do empresário e do mercado, concentrando as atenções da ideia central de empresa no direito concursal moderno e a corrente noção de “função social” e “preservação econômica”.

Espera-se que o estudo desses elementos históricos amplie a visão deste trabalho quanto à desjudicialização da insolvência por meio do tabelionato de notas, dotando a pesquisa de referenciais para o enfrentamento do problema da litigiosidade excessiva brasileira.

2.1 Fases do Direito Comercial

Focado nesses dois institutos, empresa e empresário, o Direito – e, em particular, a Ciência Jurídica – sempre procurou regulamentar os aspectos da atividade econômica com a finalidade de lhe conferir segurança jurídica.

Antes, centrada na figura do comerciante individual, até ao seu grau de maturação contemporâneo – tanto da empresa, quanto do empresário – o Direito Comercial vivenciou diversas fases, sendo um complemento necessário da outra, o que proporcionou assimilação e rigidez conceitual dos institutos que hoje não apenas a doutrina, mas a jurisprudência lida diariamente¹.

¹ Segundo Fábio Comparato, cujas palavras merecem transcrição: “Durante séculos, o empresário ocupou toda a cena jurídica. Ele era o comerciante do direito privado, e a sua mercancia se assentava basicamente em dois institutos: a propriedade e contrato – propriedade de bens empregados para o exercício do comércio, e contratos individuais com empregados, fornecedores e clientes.” [...] “A

Com a evolução da atividade econômica – e, por que não admitir, também da atividade comercial – o Direito Comercial foi se estabelecendo no Brasil e no mundo, não apenas como estudo da disciplina jurídica que trata do comerciante e de suas respectivas trocas comerciais, mas uma ciência com horizonte de análise amplo, voltado para a empresa e tudo o mais que lhe interessa, como a insolvência, a recuperação, a falência, daí advindo – ou seja, dessa expansão de horizonte epistêmico – a nomenclatura hodierna Direito Empresarial².

A compreensão histórica e conceitual desse trajeto implica conhecer aquilo que se denomina de as Três Fases do Direito Comercial, objeto dos tópicos seguintes³.

multiplicação das sociedades mercantis, e sua importância crescente na vida econômica, não alteraram o esquema jurídico. Em lugar de comerciante individual, surgiram comerciantes coletivos, ligados entre si por um contrato social. Com o aperfeiçoamento da teoria da personalidade jurídica dos entes coletivos, em fins do século passado [séc. XIX], foi possível falar em pessoas jurídicas comerciantes, em tudo e por tudo análogas aos comerciantes individuais". COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 8.

² Ana Bárbara Costa Teixeira sintetiza a experiência jurídica da evolução conceitual de "comerciante" para "empresário" nos seguintes moldes: "- o Direito Comercial sempre cuidou das relações de trocas ditas comerciais, a saber, os "atos de comércio", conjunto de transações praticadas por comerciantes, "intermediários" que atendiam aos interesses contrapostos (demanda e oferta) por produtos entre "feudos", "cidades-estados" e "países distantes". Eram originalmente considerados "atos de comércio" aqueles costumeiramente praticados por tais comerciantes para lograr êxito na intermediação dessas trocas (obter remuneração - lucro) e variavam desde a compra e venda dos produtos (dita mercantil), aos seguros e os títulos de crédito - em alguns ordenamentos incluindo até outras formas de "atendimento remunerado da demanda", tais como as companhias artísticas. - Com o passar do tempo, tais comerciantes passaram, no jargão econômico, a "verticalizar" suas operações, ou seja, passaram a organizar a produção como forma de ter maior controle da geração do bem a ser trocado, trazê-la para mais perto do mercado consumidor, minimizar os custos com outros intermediários, tornando mais seguro e rentável seu negócio; - Fruto desse processo de organização dos fatores de produção, toda uma nova ciência emergiu – a ciência da administração dos negócios – que paulatinamente foi dotando a organização de uma série de princípios e valores, que nos dias atuais mesmo se emancipam do empresário criador, mantendo com este um vínculo de fundação e direcionamento, que de acordo as circunstâncias do ambiente social em que está inserida." "[...] Por essas razões, é curioso se falar em crise do Direito Comercial como se ele houvesse ficado sucateado ou tivesse caído em desuso: como o mais dinâmico ramo do Direito, ele ampliou as fronteiras de seu objeto de estudo – as relações de trocas comerciais - acompanhando o amadurecimento dessas próprias trocas e a personificação de seu principal agente (sua institucionalização), passando a tutelar desde os contratos firmados para sustentar essas trocas, a forma societária da organização e regras de conduta entre empresários e investidores, até mesmo os aspectos ontológicos do agente que emanou de toda essa evolução social: a empresa". TEIXEIRA, A. B. C. **A empresa-instituição.** 273 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p.42.

³ Adota-se aqui a divisão proposta por Vanessa adoção da divisão do Direito Comercial em três fases, por se considerar adequada mais coincidente com os fatos históricos e de maior aceitação doutrinária (v. ARAÚJO, Vanessa Donato de. Noções gerais de direito empresarial. In: HERKENHOFF, H. G. (Coord.). **Direito de empresas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). Há classificações diferentes, como a apresentada por Paula Forgioni, que unifica no primeiro período do Direito Comercial o que aqui é dividido na primeira fase (subjetiva – o comerciante) e na segunda fase (objetiva – ato de comércio) do Direito Comercial. Por importante, veja-se este trecho de sua obra: "[...] Em sua origem, o direito comercial emergiu da necessidade de regramento jurídico mais célere, que atendesse às necessidades dos mercadores, em contraposição ao direito romano que era então redescoberto. A ordem que se vai formando, baseada nos costumes e nas regras das corporações de ofício, tem por

2.1.1 Primeira fase do Direito Comercial

Vanessa Donato de Araújo registra que nos seus primórdios a atividade comercial sofreu forte oposição social por meio da prática da cobrança de juros ou usura, fato que proporcionou a união dos interesses dos praticantes do comércio ao instituírem regras próprias para tal atividade, notadamente ligados ao comércio e ao comerciante, e que, em essência, exercitavam profissionalmente e de maneira autônoma a mercancia ainda na Idade Média⁴ (*lex mercancia* ou *lex mercatoria*⁵).

Por volta do século XII, também no mesmo período, desenvolveu-se na Europa as denominadas corporações de ofício, instituições que passaram a disciplinar a organização comercial, como a produção de bens, a importação, a produção, as diversas hierarquias dessa atividade, a comercialização etc.

objetivo disciplinar a atividade dos que são nelas inscritos. [...] De qualquer forma - e sem prejuízo da expansão das fronteiras do direito especial para abranger os não comerciantes - esse período é chamado de subjetivo, pois a matéria do direito comercial é determinada a partir de um sujeito: o membro da corporação. Carvalho de Mendonça assevera que o 'direito comercial não passava de um direito pessoal, o direito dos negociantes, em resumo, um direito de classe. Esse perfil subjetivo mantém-se durante o mercantilismo; mas adiante no tempo, a ascensão do liberalismo exigiu a conquista de mercados e, portanto, a libertação das amarras das corporações. Com sua supressão e a promulgação do Código Comercial francês, a competência especial firma-se na prática de determinados atos: os atos de comércio. 'Comerciante não é mais aquele que é inscrito na matrícula *mercatorum*, mas aquele que pratica, por profissão habitual, atos de comércio.' Estavam sujeitos às leis e à jurisdição especial os que praticassem esses atos com habitualidade e os que com eles entabulassesem contratos. Pardessus, em 1814, publicou seu *Cours de droit commercial*, iniciando-o pela definição de comércio para, a seguir, afirmar que 'e *droit commercial* se compose de toutes les règles relatives à la validité et aux effets de ces négociations, ainsi qu'au jugement des contestations qui peuvent en résulter'. Diz-se objetivo esse período porque a matéria comercial vem delimitada pela prática de certos atos, e não mais pelo agente. Paula Forgioni também trata como segunda fase do Direito Comercial o surgimento da empresa, com destaque para a circulação e para a produção (o que é estudado aqui como terceira fase). Esta autora trata como terceira fase o foco das empresas no mercado, âmbito no qual considera em que elas interagem. É possível ver a classificação aqui tratada também no trabalho de TEIXEIRA, A. B. C. **A empresa-instituição.** 273 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

⁴ ARAUJO, Vanessa Donato de. Noções gerais de direito empresarial. In: HERKENHOFF, H. G. (Coord.). **Direito de empresas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

⁵ Para mais detalhes e um estudo aprofundado sobre *lex mercatoria*, vide CAMPOS, Tatiana de Almeida. **A integração dos direitos humanos à lex mercatoria.** 137 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2022.

Ana Bárbara Costa Teixeira assevera que os comerciantes também passaram a dispor sobre tais matérias quando concorreram para o financiamento e para a estruturação da atividade de produção de bens aproximadamente no século XIV, período no qual a Grande Fome afetou a região europeia devido ao *boom* demográfico oriundo da expansão das atividades econômicas nas zonas urbanas, fato que contribuiu para o enfraquecimento das corporações de ofício e para a descentralização do *ius mercatorum*.

Por sua vez, os artesãos, à semelhança dos comerciantes, passaram a regulamentar algumas de suas atividades por volta do século XVI, quando passaram a ter mais controle de suas atividades produtivas ao se fortalecerem junto aos consumidores, formando um aglomerado de trabalhadores assalariados financiados pelos comerciantes de até então.

Com a complexificação dessas relações produtivas e comerciais, Waldemar Ferreira acentua que o Direito Comercial adquiriu estrutura e doutrina nos séculos XVI e XVII com a produção intelectual de jurisconsultos – principalmente dos italianos Benevenuto Stracca, Sigismondo Scaccia e Rafael de Turris – que organizaram em tratados as práticas e os costumes do *ius mercatorum*, colaborando para a consolidação e diferenciação desse ramo jurídico muito distinto das respectivas origens no direito romano e no direito germânico⁶.

Para Ana Bárbara Costa Teixeira, esse direito especial desenvolveu-se “ao sabor dos negócios e das necessidades dos seus agentes, que nesse período deixam de ser apenas os 'comerciantes', com a crescente participação na atividade comercial dos 'artesãos' e de suas 'corporações de ofício'”⁷.

Com essa paulatina participação dos artesãos nas atividades comerciais, desemboca-se na segunda fase do Direito Comercial.

⁶ FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de direito mercantil brasileiro**: parte geral. São Paulo: São Paulo Ed., 1934, p. 33.

⁷ TEIXEIRA, A. B. C. **A empresa-instituição**. 273 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 48.

2.1.2 Segunda fase do Direito Comercial

A participação dos artesãos nas atividades econômicas, ladeada dos comerciantes, fez exsurgir a segunda fase do Direito Comercial. Como tal, esta fase foi marcada pela transformação do conceito subjetivo para objetivo de empresário, a partir do qual era entendido dessa maneira aquele que praticava atos de comércio – definição esta que poderia ser qualificada pela lei, pelos costumes, pela jurisprudência ou pela doutrina –, independentemente de fazer parte ou não de uma corporação.

Como sinaliza Waldemar Ferreira, “buscou-se uma regra invariável, capaz de fixar-lhe o característico, pela sua natureza, pelo seu objetivo ou fim, independentemente da pessoa nele interveniente”⁸.

Ocorre que a organização dessas bases comerciais repercutiu enormemente na atividade econômica, tanto pela expansão do mercado consumerista ocasionado pela descoberta de “novos mundos” (as Américas), quanto pela exigência constante de consumo de mais “tecnológico”, fruto de uma sociedade mais diversificada e enriquecida, e também urbanizada nos centros europeus.

A reunião desses fatores desembocou no surgimento de um tipo de organização produtiva em grande escala capaz de atender às novas necessidades humanas por volta dos séculos XVIII e XIX, a Indústria, sendo que da referida organização nasceram diversas espécies de atos de comércio até então inexistentes, as quais sequer eram reguladas pelo Direito.

Foi essa onda de expansão desenfreada do comércio, do mercado de consumo, da incomensurável produção de bens e serviços e inovações múltiplas, que surgiram grandes dificuldades jurídicas de assimilação do conceito de atos de comércio, o que, nas palavras de Ana Bárbara Costa Teixeira, tornou quase indistinguível para a doutrina da época a tarefa de diferenciar aquilo que compunha “atos de comércio” e aquilo que compunha “atos da vida civil”⁹.

⁸ FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de direito mercantil brasileiro**: parte geral. São Paulo: São Paulo Ed., 1934, p. 261.

⁹ TEIXEIRA, A. B. C. **A empresa-instituição**. 273 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 48-49.

Com essas transformações na vida econômica, rapidamente o conceito “atos de comércio” foi superado, tornou-se obsoleto. Não deixa de ser importante também mencionar o enorme impacto histórico e sociológico causado pela Revolução Industrial. Segundo Ana Barbára Costa Teixeira, foi mais ou menos nesse período – isto é, na primeira onda industrial – que floresceu a Teoria Econômica Neoclássica, calcada na ideia de “mão invisível” e de “mercado atomizado”, baseada na ideia de que “nenhuma empresa poderia influenciar no mercado suficientemente”¹⁰, postulados estes que seriam duramente criticados no século XX com o surgimento de oligopólios e de grandes corporações dominantes.

2.1.3 Terceira fase do Direito Comercial

A terceira fase do Direito Comercial coincide com a superação da Teoria dos Atos do Comércio.

Vanessa Donato de Araújo ressalta que a superação inicial desse conceito veio com o Código Comercial Alemão de 1897, o qual previu que seriam atos de comércio “todos os atos praticados pelo comerciante referentes à respectiva atividade

¹⁰ Como ressalta Paulo Tigre: “a empresa industrial britânica típica era de fato de pequeno porte e enfrentava dificuldades institucionais, tecnológicas e organizacionais intransponíveis para crescer. O modelo institucional era a firma-propriedade, gerenciada pelos próprios donos, geralmente uma família ou pequeno grupo de sócios. Restrita pelos seus limitados recursos gerenciais e financeiros, a empresa tendia a ter uma única planta, especializada em uma estreita gama de atividades. Em consequência, ele tinha que recorrer ao mercado para obter os insumos necessários e distribuir seus produtos. O Estado liberal se limitava à manutenção da lei e da ordem e a cumprir funções sociais básicas como saúde pública e educação. No tocante à coordenação da atividade econômica, a indústria era deixada ao sabor das forças não reguladas da oferta e da demanda. O modelo competitivo de pequenas empresas era reforçado por um regime jurídico que atribuía responsabilidade integral dos proprietários pelas dívidas da firma. Em caso de falência, os proprietários respondiam com seus bens pessoais. Embora o regime de sociedades anônimas por cotas já existisse efetivamente, os sucessivos escândalos decorrentes da quebra de empresas limitaram a aceitação pública desta forma de organização legal. O regime de responsabilidade integral limitava o crescimento da firma e evitava a concentração do mercado. Além disso, fomentava o conservadorismo da classe empresarial avessa a riscos que pudesse resultar em sua ruína pessoal”. *In: TIGRE, Paulo Bastos. Paradigmas tecnológicos e teorias econômicas da firma (Uma versão preliminar deste artigo foi publicado na Revista de Economia Contemporânea da UFRJ, n. 3, p. 67-111, 1998).* PUC/SP, p. 25. Disponível em: http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_Ciclo_Art_Paulo_Tigre_Paradigmas_Tecnologicos_e_Teorias_.pdf. Acesso em 05 de agosto de 2024.

comercial, deixando de lado as tentativas doutrinárias de prever todas as situações que configurá-lo”¹¹.

Nada obstante, para Ana Barbára Costa Teixeira, “essa definição do Código Alemão foi a base para construção do entendimento de que, para o Ordenamento Jurídico, os ‘atos de comércio’ apenas tinham relevância quando vinculados a exploração empresarial”¹².

Entretanto, Steven Lydenberg sustenta que modelo o comercial existente não estava preparado para lidar com a dimensão vultosa de consumo e de investimentos e insumos associados à nova realidade industrial, razão pela qual foi necessária uma modificação nas estruturas jurídicas¹³.

Um dos entraves ao desenvolvimento industrial era justamente a Teoria dos Atos do Comércio, cujo conceito de empresa era o de comerciante, limitado às relações jurídicas e econômicas de concretização imediata, algo muito diferente da atividade industrial, no interior da qual os investimentos somente eram recuperados a longo prazo, sendo que nem sempre as relações industriais aconteciam imediatamente, uma vez que dependiam de uma variada rede logística (importação, produção, distribuição etc.) até chegar ao consumidor final.

Steven Lydenberg disserta no sentido de que, para superar tal limitação, o sistema legal passou a autorizar que uma entidade comercial reunisse quatro características societárias: (a) que as companhias pudessem atuar em prazo indeterminado; (b) constituída mediante objetivos genéricos; (c) seus investidores (sócios e acionistas) possuíssem responsabilidade limitada e, finalmente; (d) que o seu capital social poderia ser constituído mediante a oferta pública de participações sociais ou títulos, que se somariam aos recursos aportados pelos fundadores ou controladores da companhia¹⁴.

¹¹ ARAÚJO, Vanessa Donato de. Noções gerais de direito empresarial. In: HERKENHOFF, H. G. (Coord.). **Direito de empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 20.

¹² TEIXEIRA, A. B. C. **A empresa-instituição**. 273 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 50.

¹³ LYDENBERG, S. D. **Corporations and the public interest: guiding the invisible Hand**. São Francisco: Berret-Koehler, 2005, p. 10 e ss.

¹⁴ TEIXEIRA, A. B. C. **A empresa-instituição**. 273 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 52; LYDENBERG, S. D. **Corporations and the public interest: guiding the invisible Hand**. São Francisco: Berret-Koehler, 2005, p. 10 e ss.

As quatro características societárias mencionadas seriam, segundo Ana Bárbara Araújo Teixeira, o grande embrião da macroempresa, preparada para lidar com um aporte elevado de investimentos, resolver os problemas logísticos, estando equipada economicamente para a comercialização de produtos e serviços em massa¹⁵, uma tônica dos séculos XX e XXI do mercado.

No bojo dessas transformações sociais e das inovações da Teoria da Firma no campo econômico, desenvolve-se no Direito Comercial moderno a Teoria da Empresa, cuja a primeira previsão legal apareceu no Código Civil italiano de 1942, notadamente em seu artigo 2.082: “É empresário quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim de produção ou troca de bens ou de serviços”.

Tal noção de Teoria da Empresa é ruptural em relação à Teoria dos Atos de Comércio, pois nessa acepção a empresa é compreendida como um fenômeno social e econômico, que antecede à realidade jurídica, dotada de diversos perfis. Nas palavras de Luiz Antônio Hentz, a empresa merece, para o Código italiano, uma conceituação jurídica “não de modo direto ou linear, mas detida e pormenorizadamente como um fenômeno poliédrico”¹⁶, por meio da qual cada perfil tem um tratamento jurídico respectivo¹⁷.

¹⁵ TEIXEIRA, A. B. C. **A empresa-instituição**. 273 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 52.

¹⁶ HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. Teresina: **Jus Navigandi**, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>>. Acesso em: 04 de agosto de 2024.

¹⁷ Conquanto o trabalho em questão tenha adotado o desenvolvimento do Direito Comercial em três, há também quem preferia fazê-lo com outras classificações, com fases subjetiva e objetiva, Teoria dos Atos do Comércio e Teoria da Empresa. Veja-se, a propósito, o que sustenta Daniel Machado: “Para facilitar a compreensão e o debate, mister se faz discorrer de forma suscinta sobre a evolução do Direito Comercial, demonstrando as teorias que explicaram a incidência das normas comerciais nas diferentes épocas, até o surgimento e evolução da Teoria da Empresa e sua implantação com o novo Código Civil Brasileiro. O Direito Comercial remonta a Idade Média, quando intensificaram o surgimento das feiras e corporações nas cidades medievais. Naquela época, o crescimento das cidades e do comércio deu origem a profissão de comerciante e, em seguida, deu origem a classe burguesa em contraposição aos senhores feudais. [...] Os comerciantes faziam as leis que lhes seriam aplicadas pelos cônsules, também comerciantes, que tinham função jurisdicional dentro das próprias corporações. Somente os membros dessas corporações estavam sujeitos à jurisdição consular e aos costumes formados e difundidos pelos mercadores. Esta fase do desenvolvimento histórico do Direito Comercial é classificada como a da teoria subjetiva porque somente aqueles que estavam matriculados nas corporações é que eram considerados comerciantes, e somente estes tinham acesso aos tribunais do comércio. Contudo, começou-se a perceber que nem toda a vida e a atividade do comerciante eram absorvidas pelo exercício profissional do comércio, impondo-se a necessidade de se delimitar o conceito da matéria comercial. Além disso, verificou-se também a generalização do uso de alguns institutos por não comerciantes, como, por exemplo, a letra de câmbio, o que demonstrou a

Como destaca Daniel Machado, o ponto fulcral dessa teoria está nesse ente economicamente organizado, “a qual pode se dedicar tanto a atividades eminentemente comerciais como a atividades de prestação de serviços ou agricultura, antes não abrangidas pelo Direito Comercial”¹⁸.

inadequação da teoria puramente subjetiva para se delimitar a aplicação das normas e prerrogativas mercantis. A partir daí, iniciou-se a formação e expansão do conceito objetivista calcado sobre os atos de comércio. A proposta da teoria dos atos de comércio é alterar o modo de classificar o comerciante de forma puramente subjetiva (aquele que estava matriculado nas corporações, que tinha acesso aos tribunais do comércio), para um critério mais objetivo (praticar determinado ato de comércio de forma profissional). É o exercício profissional de determinada atividade que fará com o que o comerciante seja considerado como tal. O marco histórico desta teoria é a entrada em vigor do Código Napoleônico, em 1807. Inspirados nos ideais da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – a proposta dessa teoria é abranger com o direito comercial todos aqueles que se dedicassem à atividade mercantil, independentemente de estarem ou não afiliados a alguma corporação de classe. Pela teoria dos atos de comércio, comerciante era aquele que praticava atos de comércio. A orientação dita objetiva do Código Francês de 1807 acabou sendo seguida por vários outros códigos. Assim foi com o Código Comercial Espanhol de 1829, o Código Comercial Italiano de 1882, o Brasileiro de 1850, o Português de 1833 e outros. Nascido em meados do Século XIX, o Código Comercial Brasileiro sofreu profunda influência do direito francês, adotando a teoria dos atos de comércio permeada, contudo, por uma certa subjetividade quando dispõe no artigo 4º que comerciante é aquele que esteja matriculado em algum Tribunal do Comércio do Império e que faça da mercancia profissão habitual. Como se vê, o código não se refere a atos de comércio, mas a mercancia, que só foi definida pelo Regulamento 737, no seu artigo 19, enumerando determinadas atividades. A dificuldade da teoria dos atos de comércio é justamente estabelecer o conceito científico destes atos. Não existe um critério certo e lógico para defini-los, o que gera situações anacrônicas e incompatíveis com a conjuntura da economia moderna, na medida que exclui determinadas atividades econômicas do campo de incidência das normas comerciais. Ato de comércio ficou sendo aquilo que o legislador estabelecesse. O que não estivesse previsto em lei, seria ato civil não sujeito às normas e prerrogativas comerciais. Essa dificuldade de se conceituar os atos de comércio, enfim, gerou, e gera até hoje, distorções no alcance das normas do Direito Comercial, limitando sobremaneira a matéria do comércio. Em face da deficiência jurídico-conceitual, a teoria objetiva se mostrou lacunosa, não abrangendo atividades econômicas tão ou mais importantes que o simples comércio de bens, intermediação de vendas ou mediação especulativa entre a oferta e a procura de mercadorias. Não é mais sustentável negar o caráter empresarial das atividades econômicas desenvolvidas de forma organizada e em massa, tais como a prestação de serviços, a agricultura, a negociação imobiliária entre outras. Não as considerar matérias do comércio sujeitas às normas e prerrogativas comerciais, como a falência e concordata, significa distorcer a realidade. Importante frisar que não adianta criar leis esparsas para declarar certas atividades como sendo comerciais visando incluí-las sob a ingerência do direito comercial, como foi feito em relação à construção civil (Lei n. 4.068/62), à incorporação imobiliária (o incorporador está sujeito à falência - Lei n. 4.591/64), às empresas de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74), entre outras. Sabe-se que a simples edição de novas leis não resolverá as distorções, visto que as atividades comerciais são dinâmicas e inovadoras, sendo certo que, na conjuntura atual da economia, novas formas de produção e circulação em massa de bens e serviços sempre irão surgir. O cerne dessa teoria está nesse ente economicamente organizado que se chama “empresa”, a qual pode se dedicar tanto a atividades eminentemente comerciais como a atividades de prestação de serviços ou agricultura, antes não abrangidas pelo Direito Comercial. Para a teoria da empresa todo empreendimento organizado economicamente para a produção ou circulação de bens ou serviços está submetido à regulamentação do Direito Comercial”. *In: MACHADO, Daniel. O novo Código civil brasileiro e a teoria da empresa. n. 15, p. 9–16, jul./set., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. Disponível em: < doc13-libre.pdf (d1wqxts1xzle7.cloudfront.net)> Acesso em 05 de agosto de 2024.*

¹⁸ MACHADO, Daniel. O novo Código civil brasileiro e a teoria da empresa. n. 15, p. 9–16, jul./set., São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2000. Disponível em: < doc13-libre.pdf (d1wqxts1xzle7.cloudfront.net)> Acesso em 05 de agosto de 2024, p. 13.

2.1.3.1 Tratamento jurídico da empresa no Brasil

Como já explicado anteriormente, foi com o Código Civil Italiano que se estabeleceu no Direito Positivo moderno a Teoria da Empresa, pois o *codex* peninsular, ao tratar dos múltiplos empresariais, como o estabelecimento comercial e as relações trabalhistas que se dão no interior desta, admitiu a incapacidade de formular um conceito inteligível de empresa, optando por definir apenas o empresário, ou seja, o respectivo perfil subjetivo do conceito empresarial¹⁹.

A influência italiana foi decisiva para o Código Civil de 2002, que no seu artigo 966 praticamente repetiu esse conceito ao prever: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”²⁰.

Por sua vez, o código civil não reputou como relevante a definição de empresa, preferindo denominar um de seus elementos, o estabelecimento: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”²¹.

Segundo Daniel Machado, esses conceitos, de empresário e de estabelecimento, denotam que o Direito Positivo brasileiro do século XXI não quer mais resumir o exercício da atividade empresarial aos comerciantes, ao exercício da mercancia, como previa o artigo 4º do Código Comercial de 1850, o qual dispunha: “Art. 4 - Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo nº 9)”²².

¹⁹ MACHADO, P. M. F. L. **Os cartórios e o advento da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: «OS CARTORIOS E O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.pdf» Acesso em 20 de outubro de 2024, *passim*.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

²¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

²² BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.** Institui o Código Comercial. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm> Acesso em 05 de agosto de 2024.

Diferentemente disso, segundo Daniel Machado, a ideia agora é ampliar o conceito do exercício da atividade empresarial, o que se verifica da definição mesma de empresário artigo 966, tripartida: a) exercício de atividade econômica voltada à criação de riqueza pela produção de bens ou de serviços para circulação; b) atividade organizada, mediante a coordenação dos fatores da produção; e c) exercício profissional de tais atividades²³.

Em outras palavras, segue o autor:

[...] essa nova codificação admitirá, assim, a existência de empresas nos vários setores da atividade econômica, sendo certo que o termo empresário não corresponderá mais ao antigo comerciante, mas, também, ao produtor rural (empresa rural), ao prestador de serviços, ao Estado (empresas públicas), o que alterará profundamente o campo de atuação do Direito Comercial hoje vigente, sobretudo no que tange à aplicação dos institutos jurídicos da falência e da concordata²⁴.

Com esse ampliamento do conceito de empresa, abre-se, portanto, margem à aplicação da agora denominada disciplina do Direito Empresarial à falência e à recuperação judicial e extrajudicial, com o escopo de tutelar a empresa não apenas no seu aspecto funcional – da quotidianidade das relações jurídicas e econômicas –, mas também no seu aspecto sistêmico.

2.1.3.2 A empresa do Direito concursal moderno

Adriana Valéria Pugliesi Gardino sustenta que, no direito concursal moderno a noção de empresa está atrelada à noção de instituição, tendo em vista que se lhe atribui uma função social²⁵, ou, como adverte, Paula Forgioni, assume finalidades diversas, isto é, de “construir riqueza para a comunidade, oferecer trabalho, melhorar

²³ MACHADO, P. M. F. L. **Os cartórios e o advento da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: «OS CARTORIOS E O ADVENTO DA CONSTITUI O FEDERAL DE 1988.pdf» Acesso em 20 de outubro de 2024, p. 12.

²⁴ MACHADO, P. M. F. L. **Os cartórios e o advento da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: «OS CARTORIOS E O ADVENTO DA CONSTITUI O FEDERAL DE 1988.pdf» Acesso em 20 de outubro de 2024, p. 12-13.

²⁵ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa: compatibilidade?** 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

a técnica, favorecer o progresso científico – e não simplesmente buscar lucros para distribuição aos sócios”²⁶.

Nesse sentido, o conceito do direito concursal moderno acompanha a lógica publicista que o vê como instrumento de desenvolvimento econômico geral²⁷. A propósito, Jorge Lobo defende que, em razão do interesse público intrínseco à preservação da empresa, o Direito Recuperacional seria um instituto do Direito Econômico:

Embora 'ato complexo' e 'ação constitutiva', a recuperação judicial tem a natureza e características de um instituto de Direito Econômico, como passo a demonstrar. Filio-me à doutrina, liderada, no País, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado, (b) possuir uma tríplice unidade: 'de espírito, de objeto e de método' e (c) não orientar-se a regra de direito pela ideia de justiça (princípio da igualdade), mas pela ideia de eficácia técnica devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através do 'fato do princípio', 'proibições legais' e 'regras excepcionais'. Com efeito, a recuperação judicial de empresa é um instituto de Direito Econômico, porque suas regras não visam precipuamente realizar a ideia de justiça, mas sobretudo criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores [...]”²⁸.

Em outros termos, Ana Bárbara Costa Teixeira reconhece que o caráter “instituição-organização” da empresa não está associado ao seu tamanho, mas ao papel desempenhado por ela no seio social. Nesse ponto, reside a sua função social, a partir da qual a:

[...] organização da atividade produtiva, da geração de empregos, da produção e circulação de riquezas (bens e serviços), do pagamento de impostos etc., e nesse quesito tanto micro, pequenas, médias e grandes empresas em muito contribuem para com a sociedade”²⁹.

²⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial:** da mercancia ao mercado. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 75-76.

²⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial:** da mercancia ao mercado. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 77.

²⁸ LOBO, Jorge. Comentários aos arts. 35 a 69 *In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos H. (coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.* 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171-172.

²⁹ TEIXEIRA, A. B. C. A empresa-instituição. 273 f. **Dissertação de Mestrado em Direito.** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 247.

Portanto, é adequado inferir-se que, a ideia central de preservação da empresa modernamente está ligada à função social, “pelo seu impacto social de gerações de emprego e renda e por se tratarem de relevantes agentes dinamizadores e ensejadores de desenvolvimento em diversas comunidades, o que também é – e muito – realizado pelas micro e pequenas empresas”³⁰, sendo lícito sustentar que a lógica da recuperação e da preservação empresarial decorre da sua função social, e não do seu porte econômico ou da importância da área em que atua.

2.2 Direito Concursal nos sistemas jurídicos estrangeiros

Sem a pretensão de empreender um estudo comparativo do regime jurídico de cada país, esta seção tem o anseio de trazer à tona os principais traços da legislação do direito concursal estadunidense, francês, português e argentino, a fim de subsidiar na construção de uma solução interna para as dificuldades enfrentadas em nosso sistema, notadamente na recuperação extrajudicial.

É indubitável, que o fenômeno da crise empresarial é mundial, tendo sido, inclusive, objeto de tratamento internacional pelo regulamento comunitário europeu, que, embora não tenha logrado firmar um sistema jurídico de insolvência de natureza substancial, procurou “programar medidas de coordenação dos efeitos transfronteiriços da insolvência”³¹.

A partir do início da década de 1990, outros Estados manifestaram a intenção de regulamentar a crise empresarial conforme registra Julio César Rivera³².

³⁰ TEIXEIRA, A. B. C. A empresa-instituição. 273 f. **Dissertação de Mestrado em Direito**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 247.

³¹ TEIXEIRA, A. B. C. A empresa-instituição. 273 f. **Dissertação de Mestrado em Direito**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 247.

³² RIVERA, Julio César. El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio. **Revista de Derecho Comparado**, nº 15, p. 11. Disponível em: <<http://www.rivera.com.ar/publications.pdf>>. Acesso em 12 de agosto de 2024.

Os sistemas jurídicos, que foram escolhidos para compor o trabalho, obteve a sua seleção, mediante o entrelaçamento com o objeto tema da pesquisa. Lado outro, é relevante destacar pelo menos dois caminhos seguidos pelo direito positivo concursal moderno no que tange ao soerguimento da empresa: o da reorganização e o da liquidação³³.

Acresce-se a este ponto uma forte tendência de regulamentação extrajudicial desse instituto. Talvez, seguindo uma das tendências estabelecidas pelo Banco Mundial sobre a matéria, que, ainda no ano de 2001, fixou os *principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights system*³⁴, recomendando rapidez e eficiência aos países em desenvolvimento e boas práticas de resolução da insolvência empresarial³⁵.

Partindo desses pressupostos, a seção 3 deste trabalho pretende destacar os principais aspectos dos sistemas estadunidense, francês, português e argentino. Enfatiza-se a necessidade de estudo dos dois primeiros países, devido a importância e a influência que estes exerceiram sobre os demais sistemas ocidentais, e o sistema português por estar relacionado aos laços históricos lusobrasileiros.

O estudo do sistema argentino, por seu turno, é adequado considerando o contexto regional com o Brasil, sem mencionar a relevante rede de trocas comerciais existentes entre os países, favorável ao desenvolvimento de ambos.

Nesse estudo, uma importância especial será conferida ao tratamento jurídico extrajudicial da recuperação empresarial, a qual consideramos imprescindível para o atingimento dos objetivos principais do estudo.

³³ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

³⁴ Tradução livre: “princípios e diretrizes para um sistema eficaz de insolvência e direitos dos credores”.

³⁵ *Principle 8: Liquidation and rehabilitation. An insolvency law should provide both for efficient liquidation of nonviable businesses and those where liquidation is likely to produce a greater return to creditors, and for rehabilitation of viable businesses.* Tradução livre: Princípio 8: Liquidação e recuperação. Uma lei sobre a insolvência deve prever, por um lado, a liquidação eficaz das empresas não viáveis e daquelas em que a liquidação é suscetível de produzir um maior rendimento para os credores e, por outro, a recuperação das empresas viáveis.

2.2.1 Sistema estadunidense

O direito falimentar norte-americano é regulamentado pelo *Bankruptcy Code* (1978), o qual é dividido em quinze capítulos: *Chapter 1, General Provisions, definitions and Rules of Construction; Chapter 3, Case administration; Chapter 5, creditors, the debtor and the Estate; Chapter 7, Liquidation; Chapter 9, Adjustment of the Debts of a Municipality; Chapter 11, Reorganization; Chapter 12, Adjustment of the Debts of a Family Farmer or Fishermen With Regular Income; Chapter 13, Adjustment of the Debts of an Individual With Regular Income; Chapter 15, Ancillary and Other Cross-Border Cases*³⁶.

Apesar de o *Bankruptcy Code* ser um sistema federal, há também regras estaduais que disciplinam as relações creditórias entre credores e devedores, sem mencionar a importância do direito jurisprudencial³⁷. Como destaca Adriana Valéria Pugliesi Gardino:

Os Estados Unidos possuem um sistema federativo de governo, conforme previsto pela Constituição que outorga poderes específicos de organização ao Governo Federal. Entretanto, os poderes não delegados ao Governo Federal ficam, residualmente, sob a autoridade de cada Estado. Assim, cada um dos cinquenta estados do país tem sua própria constituição, estrutura de governo, códigos legais e sistema judiciário próprios. As relações ordinárias de cobrança entre credor e devedor são regidas por lei estadual³⁸.

³⁶ Tradução livre: Capítulo 1, Disposições gerais, definições e regras de construção; Capítulo 3, Administração do processo; Capítulo 5, Credores, o devedor e o patrimônio; Capítulo 7, Liquidação; Capítulo 9, Regularização das dívidas de um município; Capítulo 11, Recuperação; Capítulo 12, Regularização das dívidas de um agricultor familiar ou de um pescador com rendimentos regulares; Capítulo 13, Regularização das dívidas de uma pessoa singular com rendimentos regulares; Capítulo 15, Processos acessórios e outros processos transfronteiriços.

³⁷ Por exemplo, o case *Butner v. United States*, 1979, definiu as bases da regulamentação estadual dos direitos de propriedade sobre os bens da massa falida, tendo a Suprema Corte fixado o entendimento de que essa matéria era de reserva legislativa dos estados-federados, assim como as outras disposições comuns relativas aos direitos de propriedade. ESTADOS UNIDOS. **Butner v. United States**, 1979. Disponível em: <BUTNER v. UNITED STATES et al. (1979) – Ballotpedia> Acesso em 14 de agosto de 2024.

³⁸ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

Por sua vez, as soluções apresentadas pelo sistema norte-americano são duas: a liquidação ou a reorganização³⁹, que reguladas pela Chapter 7 (*liquidation*)⁴⁰ ou Chapter 11 (*reorganization*), as quais são aplicadas a todos os deveres, sociedades, mesmo que não empresárias⁴¹.

Em linhas gerais, todo o procedimento recuperacional judicial estadunidense começa com a propositura de ação, após a qual se forma “*bankrupt estate*”⁴² ou “*property of the estate*”⁴³, abrangendo o conjunto de direitos e bens que passarão a fazer parte de fiscalização e administração nos casos de reorganização, até o momento de deflagração do respectivo processo, ou de hipotética alienação patrimonial, nos casos de liquidação empresarial⁴⁴.

Em geral, no procedimento previsto no *Chapter 7* nomeia-se obrigatoriamente um *trustee* para atuar na localização e tomada de posse dos bens integrantes da massa falida, que posteriormente serão vendidos para pagamento dos credores, na ordem de preferência do *Bankruptcy Code*, exceto se forem impenhoráveis⁴⁵.

³⁹ Nathalie Martin e Ocean Tama ressaltam que: “Bankruptcy cases in the United States follow two models. They are ‘sell out’ or ‘pay out’ cases. In ‘sell out’ or liquidation cases, also called straight bankruptcy cases, the debtor’s nonexempt assets are sold and the proceeds are distributed to creditors, quickly ending the case. In ‘pay out’ cases, the debtor promises, via a plan of repayment, to pay at least some creditors from future income over time. In the real world, particularly in a business context, there are many hybrids and permutations of these two basic models, limited only by the imagination of the business people and attorneys involved, but it is nonetheless worthwhile to understand this basic conceptual distinction”. *In: MARTIN, Nathalie; TAMA, Ocean. Inside Bankruptcy law – what matters and why.* New York: Wolters Kluwer, Aspen Publishers, 2008, p. 26. Disponível em: «Inside Bankruptcy Law: What Matters & Why - Nathalie Martin, Ocean Tama - Google Livros» Acesso em 14 de agosto de 2024.

⁴⁰ Chapter 7 is available to individuals as well as legal entities like corporations and limited liability companies (LLCs). A corporation or LLC filing a Chapter 7 case is the easiest case of all. There typically are no issues. The corporation is not entitled to exemptions because it will be dissolved or remain in limbo as an empty shell. For this reason, it does not get a discharge. Thus, the two most litigated issues in an individual Chapter 7 case, exemptions and dischargeability, are not at issue in a corporate Chapter 7 case. *In: MARTIN, Nathalie; TAMA, Ocean. Inside Bankruptcy law – what matters and why.* New York: Wolters Kluwer, Aspen Publishers, 2008, p. 26. Disponível em: «Inside Bankruptcy Law: What Matters & Why - Nathalie Martin, Ocean Tama - Google Livros» Acesso em 14 de agosto de 2024, p. 26.

⁴¹ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 29.

⁴² Tradução livre: “massa falida”.

⁴³ Tradução livre: “propriedade do patrimônio”.

⁴⁴ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 30.

⁴⁵ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 31.

Adriana Valéria Pugliesi Gardino, evidencia, contudo, que:

[...] o devedor prefere realizar a venda de ativos em um plano de liquidação levado a efeito sob o procedimento do *Chapter 11*, pois tal lhe permite continuar a operar o negócio até o momento em que a venda possa ser aperfeiçoada, além de, é claro, ser possível negociar os termos da alienação⁴⁶.

Ora, nos casos de reorganização previstos no *Chapter 11*, normalmente o devedor fica na posse de seu bens (*debtor in possession*), sendo possível até mesmo elevar os seus ganhos com a venda de ativos⁴⁷.

Com efeito, no início do procedimento do *Chapter 11* ocorre a paralisação de todas as ações individuais movidas contra o devedor e o congelamento de todos os seus bens, etapa conhecida como *automatic stay*. Após, o devedor deverá confeccionar um plano em até 120 (cento e vinte) dias e, vencido o prazo, os credores também poderão apresentar planos paralelos, mas apenas um será confirmado judicialmente.

Por fim, os credores deverão receber um *disclosure statement* (figura muito elogiada por comparatistas brasileiros)⁴⁸, um resumo das condições da proposta que serão aceitas pelos credores em votação de cédula individual (e não em assembleia como no Brasil). Em caso de rejeição, será admitida um *cram-down*⁴⁹ desde que não haja tratamento discriminatório aos dissidentes. Sendo aprovado o resultado será proclamado em audiência com os credores, para que todos os interessados passem a ter conhecimento da programação confirmada e possam fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas⁵⁰.

⁴⁶ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 31.

⁴⁷ MARTIN, Nathalie; TAMA, Ocean. **Inside Bankruptcy law – what matters and why.** New York: Wolthers Kluwer, Aspen Publishers, 2008, p. 26. Disponível em: «Inside Bankruptcy Law: What Matters & Why - Nathalie Martin, Ocean Tama - Google Livros» Acesso em 14 de agosto de 2024, p. 26.

⁴⁸ Ver, para tanto, as diferenças entre uma recuperação judicial no Brasil e EUA. **Inteligência Financeira.** Disponível em: «As diferenças entre uma recuperação judicial no Brasil e EUA (inteligenciafinanceira.com.br)» Acesso em 15 de agosto de 2024.

⁴⁹ O *cram down* é um mecanismo que autoriza o magistrado a conceder a recuperação judicial, ou seja, aprovar o plano apresentado pela empresa devedora, mesmo com a decisão contrária da assembleia tenha sido. O instituto tem por objetivo evitar o “abuso de minorias” ou de “posições individualistas”, assim, verificando o juiz a “abusividade”, ele poderá invalidar determinado voto e aprovar o plano, o qual, sem a interferência judicial, seria indevidamente reprovado de acordo com a votação anteriormente realizada em Assembleia Geral de Credores que computou voto supostamente abusivo.

⁵⁰ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 31 a 36.

Os Estados Unidos dispõe de dois mecanismos extrajudiciais de recuperação: o *workout agreements*⁵¹ e o *prepackaged bankruptcy*⁵² (também conhecido como *prepackaged Chapter 11 reorganization*).

O *workout agreements* correspondem aos acordos firmados por devedores e credores relativamente aos créditos, sem solenidades, apesar de menos custosos e ágeis, independem de qualquer homologação judicial e não possuem os efeitos do *automatic stay* (suspensão de direitos, ações ou execuções dos credores). Além disso, a legislação norte-americana prevê ser possível aos Juízes optarem pela solução extrajudicial caso concluam que será a solução mais adequada, ainda que tenha sido deflagrada uma ação pelo devedor, nos termos do § 305(a)(1) do *Bankruptcy Code* de 1978:

The court, after notice and a hearing, may dismiss a case under this title, or may suspend all proceedings in a case under this title, at any time if (1) the interests of creditors and the debtor would be better served by such dismissal or suspension⁵³.

O *prepackaged bankruptcy*, por sua vez, corresponde à modalidade extrajudicial na qual o devedor confecciona e negocia o plano de recuperação diretamente com os credores, obtendo ou a aprovação da proposta antes de ingressar com a ação pela *Chapter 11 (reorganization)* ou uma pré-aprovação junto aos credores, formalizando apenas a ação judicial para conferir algum tipo de efeito ao acordo. Tanto em um como no outro caso o devedor se beneficia do *automatic stay*, além de iniciar a demanda judicial em uma etapa avançada do procedimento⁵⁴.

⁵¹ Tradução livre: acordos de recuperação.

⁵² Tradução livre: falência pré-condicionada.

⁵³ Tradução livre: “O tribunal, após notificação e audiência, pode arquivar um processo ao abrigo do presente título, ou suspender todos os procedimentos num processo ao abrigo do presente título, em qualquer altura, se (1) os interesses dos credores e do devedor forem melhor servidos por esse arquivamento ou suspensão”

⁵⁴ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016.

2.2.2 Sistema francês

O sistema francês passou a lidar com um modelo reorganizatório em 1967, por meio da Lei nº 67.653, de 13 de julho daquele ano⁵⁵.

Tal modelo reorganizatório não era um simples direito de quebra, tratando-se de um modelo no qual se:

[...] estabeleceu mecanismos legais, [...] como instrumentos preventivos para identificação da crise empresarial, em nítido alinhamento com o *Chapter 11* e a corrente que [...] a reabilitação do devedor e à proteção de uma vasta rede de interesses⁵⁶.

A regra francesa de 1967 previa, em suma, dois procedimentos distintos: a *liquidation* e o *règlement judiciaire*. O primeiro tinha um escopo de liquidar pagamentos e resultava na eliminação da empresa, enquanto que o segundo tinha por objetivo a manutenção da empresa.

Por seu turno, Adriana Valéria Pugliesi Gardini ressalta que pouco tempo depois foi acrescentado um terceiro procedimento, denominado *suspension provisoire des poursuites*⁵⁷, o qual “pretendia facilitar a recuperação econômica e financeira de determinadas empresas, cuja liquidação poderia causar ‘grave transtorno econômico ou social’, sendo que sua principal finalidade era a de reabilitação econômica do devedor”⁵⁸.

⁵⁵ Paulo Fernando Campos Salles de Toledo lembra que: “Em 1965, a Inspeção Geral das Finanças encaminhou ao Ministro da Economia e das Finanças relatório, fruto de pesquisas elaboradas sob o ângulo econômico, na qual se examinou, em profundidade, o mecanismo de falência e do *reglement judiciaire*. As conclusões desse relatório serviram de base à lei 1967, agora revogada. O relatório, segundo sintetiza Joaquin Bisbal Mendez, conduzia ‘a tres indicaciones basicas para la reforma necessaria: a) separar el tratamiento de la empresa de la conducta del empresario; b) reducir los costes administrativos del procedimiento y c) articular mecanismos para prever la crisis. Ver: TOLEDO, P. F. C. S. de. **A empresa em crise no direito francês e americano.** 114 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1987.

⁵⁶ PEDRO, C. M da C. **Por que não é possível transportar o Chapter 11 para a Lei de Recuperação Judicial e de Falências brasileira?**. Fundamentos do Direito da Empresa em Crise. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 9. Disponível em: «Microsoft Word - Carolina Mansur - Fundamentos do direito da empresa em crise Por que não é possível transportar o chapter 11 para a lei 11.101.docx (usp.br) » Acesso em 15 de agosto de 2024.

⁵⁷ Tradução livre: suspensão provisória do processo.

⁵⁸ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 39.

Inúmeras reformas seguiram-se na lei francesa até chegar à sistemática atual, sendo destaque no período as alterações da *Loi n. 85-98 du 25 janvier 1985*, calcada na regra que mais tarde influenciaria no art. 47 da lei concursal brasileira de 2005: “*Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi et l’apurement du passif*”⁵⁹, bem como a *Loi de Sauvegarde des Entreprises* (2005), do *Livre VI do Code du Commerce*.

Com tais mudanças, a disciplina das empresas em crise passou a dispor de quatro mecanismos de reorganização: *mandat ad hoc*, *conciliation*, *sauvegarde* e *redressement judiciaire*, além do procedimento de *liquidation judiciaire*, de natureza meramente liquidatória⁶⁰.

Os *sauvegarde* e a *redressement judiciaire* são autênticos procedimentos concursais para tratar de empresas em dificuldade, os *mandat ad hoc* e *conciliation* são instrumentos preventivos deste gênero.

Os *sauvegarde* são procedimentos concursais deflagrados pelo devedor em risco de cessação de pagamentos, já o *redressement judiciaire* e a *liquidation* são procedimentos voltados para devedores que já estão em cessão de pagamentos. No *redressement*, o procedimento pode ser deflagrado por iniciativa de credor, do próprio devedor, ou de ofício pelo Tribunal⁶¹. A *liquidation* tem natureza residual ao *redressement*, sendo possível somente quando impossível a reorganização da empresa⁶².

Todo o sistema reorganizatório francês baseia-se na regra de manutenção econômica e preservação dos empregos: “[...] *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l’entreprise afin de permettre la poursuite de l’activité économique, le maintien de l’emploi et l’apurement du passif*”⁶³.

⁵⁹ Tradução livre: “É instituído o processo de recuperação judicial para salvaguarda da empresa, manutenção da atividade e do emprego e viabilização do passivo”.

⁶⁰ Artigos L.620-2, al. 1.er (sauvegarde), L.631-2, al.1.er (redressement judiciaire), e L.640-2, al.1.er (liquidation judiciaire). Disponível em: «Code de commerce - Légifrance (legifrance.gouv.fr)» Acesso em 15 de agosto de 2024.

⁶¹ Artigo L.631-5, al. 1er. C.Com. Disponível em: «Code de commerce - Légifrance (legifrance.gouv.fr)» Acesso em 15 de agosto de 2024.

⁶² Artigo L.640-1, al. 1er, C. Com. Disponível em: «Code de commerce - Légifrance (legifrance.gouv.fr)» Acesso em 15 de agosto de 2024.

⁶³ Artigo L.620-1, al. 1er, C. Com. Disponível em: «Code de commerce - Légifrance (legifrance.gouv.fr)» Acesso em 15 de agosto de 2024. Tradução livre: "Este procedimento destina-se a facilitar a

Sem adentrar em detalhes do procedimento concursal, é possível apontar ainda que o sistema reorganizatório francês é unificado, de maneira que, uma vez inaugurado, abre-se o período de observação (*période d'observation*), fase na qual são apurados o patrimônio ativo e passivo da empresa e a situação de sua insolvência e as reais dificuldades enfrentadas (*Chapitre II: De l'entreprise au cours de la période d'observation. (Articles L622-1 a L622-34)*)⁶⁴. Após, nomeia-se o *administrateur*. No *sauvegard*, tal nomeação é facultativa. Em um ou outro caso as suas atribuições são fixadas em lei.

A atribuição mais relevante do *administrateur* está no *redressement*, no qual ficará encarregado de elaborar o projeto de plano de recuperação⁶⁵. Privilegia-se, de toda forma, a possibilidade de o devedor encontrar, no plano, uma saída para o soerguimento da empresa, ainda que no *redressement* o *administrateur* tenha maior interferência na gestão da empresa. Vale lembrar que o plano pode abranger toda sorte de soluções: como aumento de capital, venda de ativos, dilações etc.⁶⁶. Ressalte-se, por último, que se o *sauvegard* não cumprir com o seu objetivo, ou se se comprovar a cessação de pagamento, ele poderá ser convertido em *redressement ou liquidation*⁶⁷.

Ainda a respeito do sistema francês, vale destacar os institutos extrajudiciais *mandat ad hoc e conciliation*. O *mandat ad hoc* constitui uma técnica de negociação, de caráter pré-concursal, no qual o devedor – e somente ele – requer a designação de um *mandataire ad hoc*. Este, por sua vez, é nomeado pelo Presidente do Tribunal do Comércio, cabendo ao devedor apenas uma indicação, que pode ou não ser

reorganização da empresa, a fim de permitir a sua continuidade, a manutenção do emprego e o pagamento das suas dívidas”.

⁶⁴ Chapitre II: De l'entreprise au cours de la période d'observation. (Articles L622-1 à L622-34).

Disponível em: «Code de commerce - Légifrance (legifrance.gouv.fr)» Acesso em 15 de agosto de 2024. Tradução livre: Capítulo II: A empresa durante o período de observação.

⁶⁵ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 48-49.

⁶⁶ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 49-50.

⁶⁷ “O projeto de plano de redressement sujeita o devedor a certos riscos, como, por exemplo, se houver necessidade de um aumento de capital, a assembleia de convocação necessária para tanto deverá ser feita antes mesmo que o tribunal aprove um plano de reerguimento. Na prática, isso significa que poderá ser necessário implementar medidas antes mesmo da concessão do redressement, para que se evite a conversão em liquidation. Por outro lado, no *sauvegard*, os coobrigados do devedor podem, em determinada situação, beneficiar-se das disposições do plano, o que não é permitido no *redressement*”. In: JEANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. *Entreprises en difficulté*. 7. édition, Paris: Dalloz, 2007, p. 632 apud GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 51.

confirmada pelo órgão judicial referido, na forma do art. Art. L611-3 do *Code de Commerce*:

[...] le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc. La décision nommant le mandataire ad hoc est communiquée pour information aux commissaires aux comptes lorsqu'il en a été désigné. Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas⁶⁸.

O art. 611-15 do *Code de Commerce* também dispõe que o *mandataire ad hoc* estará vinculado a um dever de confidencialidade, cujos termos da atuação são fixados pelo Tribunal do Comércio. O devedor está no controle, nada obstante, do começo e do fim dessa atuação. É importante lembrar que os credores devem concordar com os termos do *mandat ad hoc*, considerando a sua natureza estritamente contratual, não havendo a suspensão de eventuais ações individuais.

A ideia central do *mandat ad hoc* é a atuação colaborada do agente nomeado pelo Tribunal e do devedor na reorganização empresarial, que continua da administração de seus negócios. Ademais, é pertinente destacar que:

Esse sistema de negociação envolve uma plasticidade tal que permite sua adoção como medida paralela a uma *conciliation* ou [...] a um *sauvegard ou redressement*. O *mandat ad hoc*, ousrossim, pode ser um eficiente prelúdio para futura *conciliation*⁶⁹.

A *conciliation* é a segunda modalidade convencional pré-concursal na França. Ela pode ser requerida pelo devedor que demonstrar dificuldade jurídica, econômica ou financeira, não estando em cessação de pagamento (*cessation des paiements*)⁷⁰ há mais de 45 (quarenta e cinco) dias. Após, o Tribunal de Comércio nomeará o *conciliateur*, que atuará por um período máximo de 5 (cinco) meses (art. L611-6 *Code Commerce*).

⁶⁸ Tradução livre: [...] o presidente do tribunal pode, a pedido do devedor, nomear um mandatário ad hoc cuja missão determinará. O devedor pode propor o nome de um administrador ad hoc. A decisão de nomeação do mandatário ad hoc é comunicada aos revisores oficiais de contas para informação, caso tenha sido nomeado um. O tribunal competente é o Tribunal de Comércio se o devedor exercer uma atividade comercial ou artesanal e o Tribunal de Grande Instância nos outros casos.

⁶⁹ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 42.

⁷⁰ Para tanto, ver o conceito de cessação de pagamentos constante do art. 631-1 do *Code de Commerce*.

A função do *conciliateur* é propor soluções para resolver a crise empresarial, podendo mediar a negociação com os principais credores. Não há substituição do devedor-empresário na administração, tampouco a suspensão de ações de credores. Fernando William Bunemer Nahas, contudo, lembra que o devedor pode requerer suspensão diretamente ao Tribunal, o qual pode acolher o pleito com base nos arts. 1244-1 a 1244-3 do *Code Civil*⁷¹.

A *conciliation* possui diversas vantagens, todas marcadas pela confidencialidade, “além de remissão ou dilação de dívidas [...] [d]os credores, privados ou públicos. É possível, também, pelo acordo, promover a revisão de certos contratos com fornecedores regulares do devedor, ainda que não sejam credores”⁷². Por seu turno, a homologação judicial do acordo é uma faculdade do devedor. Ele pode requerê-la na hipótese de demonstrar a inexistência de cessação de pagamento ou a sua resolução decorrente da *conciliation*. Com isso, a homologação poderá ocorrer de forma confidencial e discreta, nos casos do art. 1.611-8, I, adquirindo “forma executória”, ou homologação pública para conhecimento de terceiros, apenas para aqueles que participaram do acordo, nos casos do art. 1.611-8, II⁷³ do *Code de Commerce*.

Por fim, cabe destacar que o art. 1.611-8, III do *Code de Commerce* estabelece que o *conciliateur* também pode relatar ao presidente do tribunal alguma dificuldade na execução do acordo e pedir para pôr termo à sua missão:

*Lorsque le président du tribunal constate l'accord ou que le tribunal homologue celui-ci, il peut, à la demande du débiteur, désigner le conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de cette exécution. En cas de difficultés faisant obstacle à l'exécution de sa mission, le mandataire désigné présente sans délai un rapport, selon le cas, au président du tribunal ou au tribunal, qui peut alors mettre fin à sa mission par décision notifiée au débiteur. Ce dernier peut également, à tout moment, solliciter la fin de cette mission*⁷⁴.

⁷¹ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016.

⁷² GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa**: compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 44.

⁷³ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016, p. 162.

⁷⁴ Tradução livre: “Quando o presidente do tribunal estabelece o acordo ou o tribunal o homologa, pode, a pedido do devedor, nomear o conciliador como mandatário para a execução do acordo durante o

Em qualquer caso, vale lembrar que o procedimento preventivo da *conciliation* pode dar ensejo a *redressement* ou a *liquidation*, na persistência do estado de crise ou da *cessation des paiements*, inclusive, por ordem de ofício do Tribunal.

2.2.3 Sistema português

Em Portugal, a disciplina concursal se dá pelo Decreto-Lei nº 53/2004 (Código de Insolvência e Recuperação de Empresas - CIRE), a qual é declaradamente um sistema pro-credor, consoante itens 3 e 6 desse ato normativo:

3 – O objectivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores. [...] Sendo a garantia comum dos créditos o patrimônio do devedor, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia, e é por essa via que, seguramente, melhor se satisfaz o interesse público da preservação do bom funcionamento do mercado.” e “6 – [...] Fugindo da errônea ideia afirmada na actual lei, quanto a suposta prevalência da via da recuperação da empresa, o modelo adotado pelo novo Código explicita, assim, desde o seu início, que é sempre a vontade dos credores a que comanda todo o processo. [...] Aos credores compete decidir se o pagamento se obterá por meio de liquidação integral do patrimônio do devedor, nos termos do regime disposto neste Código ou nos de que constem de um plano de insolvência que venham a aprovar, ou através da manutenção da actividade e reestruturação da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, nos moldes também constantes de um plano⁷⁵.

Adriana Valéria Pugliesi Gardino ressalta que o sistema português adotou um modelo falência-liquidação, com forte interferência dos credores no processo de insolvência, “como consequência de abusos incorridos na aplicação do diploma anterior, cuja finalidade principal de preservação de empresas acabou sendo, de alguma sorte, desvirtuada, sofreu drástica reorientação”⁷⁶. Segundo a autora, as principais inovações do CIRE teriam sido a unificação do procedimento de insolvência,

período dessa execução. Em caso de dificuldades que impeçam o cumprimento da sua missão, o representante nomeado deve apresentar sem demora um relatório, consoante o caso, ao presidente do tribunal ou ao tribunal, que pode então pôr termo à sua missão por decisão notificada ao devedor. O devedor pode igualmente solicitar que seja posto termo à sua nomeação em qualquer altura”.

⁷⁵ Itens 3 e 6 do Decreto-Lei nº 53/2004. Disponível em: «Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março | DR (diariodarepublica.pt) » Acesso em 16 de agosto de 2024.

⁷⁶ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 96.

a mudança nos pressupostos da própria insolvência, o reforço do papel dos credores e a desjudicialização⁷⁷.

Resumidamente, segundo a lei portuguesa, a insolvência é requerida pelo devedor (nos casos de insolvência iminente), pelo credor, pelos legalmente responsáveis, ou pelo Ministério Público (nos casos de insolvência atual), após o qual caberá ao Juiz designar um administrador, cuja atribuição é fazer um relatório, com inventário dos bens e relação dos credores, na forma do art. 155 da lei⁷⁸. Os poderes conferidos ao administrador não podem ser revisados judicialmente, sendo cabível requerer apenas danos causados por ele ou a sua destituição do cargo. Com a decisão de reconhecimento da insolvência, vale lembrar também que o devedor perde o direito de administrar os seus negócios, tarefa que passa a caber ao administrador (artigo 81, nº 1), que será exercida pela comissão de credores, se for instaurada (artigo 55, nº 1). Em seguida, o relatório é apresentado a uma assembleia de credores, que deliberará pela manutenção ou encerramento da empresa, ou entregará ao administrador da insolvência uma nova atribuição de planejar a reorganização da empresa⁷⁹.

A desjudicialização, outra grande novidade do CIRE, está prevista no Capítulo II do processo de revitalização. O início da sistemática está disposta no art. 17-C da legislação, que dá ao devedor o direito de requerê-la ao lado de, pelo menos, um de seus credores, desde que acompanhado dos documentos comprobatórios de busca por um plano de revitalização:

⁷⁷ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 96.

⁷⁸ 1 - O administrador da insolvência elabora um relatório contendo: a) A análise dos elementos incluídos no documento referido na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º; b) A análise do estado da contabilidade do devedor e a sua opinião sobre os documentos de prestação de contas e de informação financeira juntos aos autos pelo devedor; c) A indicação das perspectivas de manutenção da empresa do devedor, no todo ou em parte, da conveniência de se aprovar um plano de insolvência, e das consequências decorrentes para os credores nos diversos cenários figuráveis; d) Sempre que se lhe afigure conveniente a aprovação de um plano de insolvência, a remuneração que se propõe auferir pela elaboração do mesmo; e) Todos os elementos que no seu entender possam ser importantes para a tramitação ulterior do processo. 2 - Ao relatório são anexados o inventário e a lista provisória de credores. 3 - O relatório e seus anexos deverão ser juntos aos autos pelo menos oito dias antes da data da assembleia de apreciação do relatório. Disponível em: «DL n.º 53/2004, de 18 de Março (pgdlisboa.pt) » Acesso em 16 de agosto de 2024.

⁷⁹ GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa:** compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, *passim*.

O processo especial de revitalização inicia-se pela manifestação de vontade da empresa e de credor ou credores que, não estando especialmente relacionados com a empresa, sejam titulares, pelo menos, de 10/prct. de créditos não subordinados, relacionados ao abrigo da alínea b do n.º 3, por meio de declaração escrita, de encetarem negociações conducentes à revitalização daquela, por meio da aprovação de plano de recuperação⁸⁰.

Do ponto de vista do procedimento, após feita a solicitação seguindo a solenidade legal, é nomeado um administrador provisório pelo juiz. A deflagração desse processo acarreta a suspensão das ações de cobrança pendentes e também os de insolvência, salvo decisão judicial em sentido contrário (art. 17- F). Depois da fase inicial, caberá ao devedor informar aos credores não incluídos na declaração a respeito da negociação (art. 17-D), a qual durará no máximo três meses. Toda a conciliação se desenvolve, em geral, por meio eletrônico (editais, plano etc.). Nas negociações as partes deverão observar os deveres de equidade e transparência, sob fiscalização do administrador, que também exerce poder direto sobre atos especiais praticados pelo devedor na gestão da própria empresa. Finda a etapa com a aprovação da maioria qualificada dos credores, caberá ao juiz competente decidir ou não pela sua homologação, em até 10 (dez) dias. A decisão homologatória vinculará aos credores que não participaram das negociações. Não sendo homologado, o juiz também poderá decretar desde logo a insolvência⁸¹.

2.2.4 Sistema argentino

O modelo argentino é regido pela *Ley de Concursos e Quiebras* (Ley n. 24.522 de 20/07/1995 ou LCQ), que regula a *quiebra*, o concurso preventivo e o *acuerdo preventivo extrajudicial*. O primeiro consiste em uma sistemática liquidatória, os demais correspondem a um modelo reorganizatório.

⁸⁰ Decreto-Lei nº 53.2004. Disponível em: «DL n.º 53/2004, de 18 de Março (pgdlisboa.pt) » Acesso em 16 de agosto de 2024.

⁸¹ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016, p.164-165.

O art. 2º da mencionada lei prevê que são suscetíveis de aplicação os seguintes sujeitos:

*Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación*⁸².

O acordo preventivo é uma modalidade voluntária de reorganização, podendo ser requerida também pelas empresas em liquidação. Após deflagrada, o juiz competente tem o prazo de 5 (cinco) dias para tomar as providências legais cabíveis, como a designação do síndico, a quem incumbe, dentre outras atividades, “*el síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de las normas legales y fiscales*” (art. 14 – item 12⁸³).

O procedimento referido tem por efeito a suspensão das ações de cobrança dos credores, sendo certo que o empresário conserva a administração do negócio, que fica sob vigilância do síndico (“*El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico*”⁸⁴). Após, ocorre “o processo de verificação” dos créditos, formulados pelos credores (art. 32). A verificação é feita pelo síndico, que, ao final, manda um relatório juiz. A autoridade judiciária deve:

Dentro de los diez (10) días de presentado el informe por parte del síndico, el juez decidirá sobre la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores. El crédito o privilegio no observados por el síndico, el deudor o los acreedores es declarado verificado, si el juez lo estima procedente (art. 36)⁸⁵.

Se julgado procedente, terá efeito de coisa julgada (art. 37). Posteriormente, o devedor deverá elaborar os planos de reorganização, o qual pode ser mais de um, para abranger mais uma classe de créditos (privilegiados, quirografários etc), na forma

⁸² Artigo 2º da Ley n. 24.522 de 20/07/1995. Disponível em: «Ley 24.522 (rpba.gov.ar)» Acesso em 16 de agosto de 2024. Tradução livre: Podem ser declaradas falidas as pessoas com existência visível, as pessoas com existência ideal de carácter privado e as sociedades em que o Estado Nacional, Provincial ou Municipal seja parte, qualquer que seja a percentagem da sua participação.

⁸³ Artigo 14 – item 12. Disponível em: «Ley 24.522 (rpba.gov.ar)» Acesso em 16 de agosto de 2024. Tradução livre: “O liquidatário deve emitir um relatório mensal sobre a evolução da empresa, a disponibilidade de fundos líquidos e o cumprimento das normas legais e fiscais”.

⁸⁴ Tradução livre: “A parte insolvente mantém a administração dos seus bens sob a supervisão do liquidatário”.

⁸⁵ Artigo 36. Disponível em: «Ley 24.522 (rpba.gov.ar)» Acesso em 16 de agosto de 2024. Tradução livre: No prazo de dez (10) dias após a apresentação do relatório do administrador judicial, o juiz decidirá sobre o mérito e o alcance dos pedidos formulados pelos credores. O crédito ou privilégio não observado pelo administrador judicial, pelo devedor ou pelos credores é declarado verificado, se o juiz assim o entender (art. 36).

do art. 43. Se ele não for aprovado judicialmente, haverá a quebra (“*Cuando en esta etapa no se obtuviera acuerdo preventivo, por tercero o por el deudor, o el acuerdo no fuese judicialmente homologado, el juez declarará la quiebra sin más trámite*”, v. art. 48 – item 8⁸⁶), cuja regulamentação segue detalhada nos art. 77 e seguintes do LCQ. Por outro lado, se aprovado, o art. 49 prevê que: “*Dentro de los tres (3) días de presentadas las conformidades correspondientes, el juez dictará resolución haciendo saber la existencia de acuerdo preventivo*”⁸⁷.

No cenário extrajudicial, há na Argentina o instituto do *acuerdo preventivo extrajudicial* (arts. 69 a 76 do LCQ). Sua homologação pode ser requerida por qualquer devedor “*en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general*” (art. 69)⁸⁸. Sendo homologado judicialmente, mesmo os credores que não assinaram serão afetados, desde que pelo menos 2/3 (dois terços) dos credores quirografários consintam com o acordo.

Deflagrado o *acuerdo preventivo extrajudicial*, por meio de edital, haverá a suspensão de todas demandas e ações em face do devedor. Os credores poderão impugná-la, tratando-se da única maneira de participação desses sujeitos em tal procedimento. Por último, cabe destacar que mesmo na hipótese de não ser homologado, o acordo valerá para aqueles que a subscreveram⁸⁹.

⁸⁶ Artigo 48 – item 8. Disponível em: «Ley 24.522 (rpba.gov.ar)» Acesso em 16 de agosto de 2024. Tradução livre: “Quando nesta fase não for obtido acordo preventivo, quer por terceiro, quer pelo devedor, ou o acordo não for homologado judicialmente, o juiz declarará a falência sem mais diligências”.

⁸⁷ Artigo 49 – item 8. Disponível em: «Ley 24.522 (rpba.gov.ar)» Acesso em 16 de agosto de 2024. Tradução livre: “No prazo de três (3) dias a contar da apresentação dos acordos correspondentes, o juiz emite uma resolução dando a conhecer a existência do acordo preventivo”.

⁸⁸ Artigo 69 – item 8. Disponível em: «Ley 24.522 (rpba.gov.ar)» Acesso em 16 de agosto de 2024. Tradução livre: “em situação de incumprimento ou de dificuldades financeiras ou económicas gerais”.

⁸⁹ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016, p. 159-160.

2.3 Evolução do direito da insolvência no Brasil

A evolução do Direito da Insolvência no Brasil assinala, em linhas gerais, passos crescentes de adequação dos modelos jurídicos internos à realidade econômico-social, com a finalidade de sanar a “crise empresarial”, ou seja, preservar a atividade empresária.

Isso porque, como lecionado por Manoel de Queiroz Pereira Calças, quando disserta sobre a importância da preservação da atividade organizada, a empresa tem grande relevância social:

[...] já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca do pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas⁹⁰.

É possível também afirmar que a referida evolução jurídica é marcada pela modernização dos sistemas de resolução de crise da empresa, tornando as soluções encontradas pelos institutos brasileiros realmente inovadoras e criativas, e não apenas reproduções imperfeitas dos grandes modelos ocidentais.

Com esse pano de fundo, a presente seção tem por objetivo realizar uma exposição crítica dos passos evolutivos do Direito da Insolvência no Brasil, dando destaque para as doutrinas que caracterizam o estado da insolvência, a existência de um diálogo histórico-comparativo para a formulação do sistema nacional, bem como os pontos importantes dos períodos imperial, republicano e contemporâneo da ordem concursal brasileira.

⁹⁰ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: Repercussão no direito do trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 73, n. 4, p. 39-54, 2007, p. 40.

Espera-se que esta análise panorâmica do sistema concursal nacional possa contribuir para o cumprimento do objetivo geral desta tese, que é justamente conceber as bases de um modelo de resolução da crise empresarial extrajudicial por meio do tabelionato de notas.

2.3.1 Concepções clássicas e modernas do estado de insolvência empresarial e a concepção atual de crise da empresa

Fábio Konder Comparato destaca duas espécies de estado de insolvência da empresa: a clássica e a moderna. Conforme esta classificação, a noção clássica teria uma ideia estática de insolvência ligada à definição de déficit patrimonial; a noção moderna, por sua vez, teria uma concepção de insolvência ligada ao de inadimplemento decorrente de uma razão jurídica relevante para o não cumprimento obrigacional⁹¹.

Seguindo a classificação proposta, a concepção de déficit patrimonial resultaria da completa insuficiência de ativos para fazer frente aos passivos da empresa. A origem desta concepção, segundo Fábio Comparato, estaria no Direito Romano, no âmbito da *extraordinaria cognitio* do procedimento *bonorum distractio*, através do qual eram arrecadados os bens do devedor necessários à satisfação creditória perante os credores. Esse procedimento poderia ser *bonorum venditio*, caso fosse comprovada a insuficiência total dos bens do devedor para solver as dívidas, hipótese na qual deveriam ser arrecadados todos os seus bens e transferidos para a posse dos credores, sob a guarda de um *curator bonarum*, até a respectiva venda definitiva para terceiros⁹².

⁹¹ COMPARATO, Fábio K. **O seguro de crédito** – estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 42.

⁹² [...] O direito romano clássico jamais elaborou uma noção de insolvência distinta do inadimplemento. O termo *solvens* designa não o devedor que pode pagar, ou que possui um saldo de ativo sobre o passivo no seu patrimônio, mas sim aquele que, sendo credor ou não, solve o *vinculum juris* pelo pagamento ou outro meio extintivo. O devedor cujo balanço patrimonial é positivo se considera *in bonis*, mas não há propriamente um termo técnico para designar o que se chamou posteriormente de devedor insolvente. A razão disto está no fato de que a execução romana, tanto na fase arcaica, como no período clássico, é rígida e desproporcionada: a relação garantia-responsabilidade é sempre

O conceito de insolvência foi também utilizado no período medieval, e, se o devedor possuísse bens suficientes para resolver a dívida (devedor *in bonis*), realizava-se a execução patrimonial por meio de uma das diferentes missões *in possessionem*; caso fosse constatada o déficit patrimonial do devedor, realiza-se a execução corporal⁹³.

A insolvência concebida como deficit patrimonial somente mudaria com o *Code de Commerce* da França de 1807, o qual consagrou o mecanismo da cessação de pagamentos (*cessation des paiements*), deixando de exigir a insolvência para se reconhecer a falência do devedor e, de forma geral, facilitar o procedimento concursal ao dispensar uma análise aprofundada de todos os bens do devedor para se concluir ou não pelo questionável sistema do déficit patrimonial⁹⁴.

Por esse motivo, Fábio Comparato assegura que a concepção moderna de insolvência está associada à ideia de inadimplemento, o qual, segundo o doutrinador paulista, deve ser qualificada pela inadimplência sem razão jurídica, pois a exceção jurídica oposta (exceção do contrato não cumprido, por exemplo) não configura o inadimplemento. Por fim, a insolvabilidade seria, para Comparato, o não cumprimento das obrigações empresariais em razão da insuficiência econômica para resolver as dívidas existentes⁹⁵.

Karina Deoria Ferraz destaca que cada ordem jurídica concebe um critério específico para a caracterização da insolvência, ilustrando, por exemplo, que enquanto o sistema brasileiro contemporâneo adota três critérios (estado patrimonial

absoluta, seja qual fôr a natureza e a importância da relação débito-crédito. No direito romano pré-clássico, a execução é corpórea: ela interessa a própria individualidade física do devedor ou seu garante, que o credor vincula como autêntico refém. No período clássico, a bonorum venditio abrange o patrimônio do devedor em sua totalidade, qualquer que seja o montante da dívida, uma vez que o patrimônio é como um aluvião da personalidade do devedor, ou a sua expressão tangível. É só na fase da extraordinaria cognitio, com o processo bonorum distractio, que a noção de déficit patrimonial passa a ter importância em matéria de obrigações. Com efeito, o processo de venda a retalho dos bens do devedor, quando provocado por dois ou mais credores munidos de título executório, exige a prova da insuficiência de bens do inadimplente para a satisfação dos créditos ajuizados." *In: COMPARATO, Fábio K. O seguro de crédito* – estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 42.

⁹³ No direito comum medieval, é a suficiência ou insuficiência de bens no patrimônio do devedor que decide da abertura da execução patrimonial ou da execução corporal. As diferentes missões *in possessionem*, tendo por objeto os bens do inadimplente, pressupõem um devedor *in bonis*. A execução corporal, ao contrário, abre-se apenas na hipótese de déficit patrimonial. *In: COMPARATO, Fábio K. O seguro de crédito* – estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 43.

⁹⁴ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial.** Dissertação de Mestrado em Direito. 208 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 55.

⁹⁵ *In: COMPARATO, Fábio K. O seguro de crédito* – estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 46-47.

deficitário, sistema da impontualidade e de sua presunção previsto na LRF e o da previsão da insolvência pelo devedor), o sistema francês adota o sistema da cessação de pagamento, tanto para o *redressement* como para o regime liquidatório (arts. 631.1 e 640.1 do *Code de Commerce*).

A referida autora também destaca que a doutrina hodierna também trabalha com uma concepção atual do estado de insolvência, desligado tanto da ideia de déficit patrimonial quanto da ideia de inadimplemento, mas associada apenas à noção de crise empresarial, por intermédio da qual a noção de insolvência não significa a impossibilidade de se superá-la, sendo que a falência deve estar restrita à hipótese legítima de insolvência não reversível, como acontece na Itália, no âmbito da qual a doutrina depois do Decreto Legislativo 270/1999, “que versa sobre a *amministrazione straordinaria*, vem questionando a noção de insolvência, [pois] estabelece alternativas de saneamento para empresas insolventes, desvinculando [a] insolvência da falência”⁹⁶.

Em linha com a atual concepção, como na Itália, o Brasil também prevê medidas de saneamento para a crise da empresa. Antes de adentrar no tema, contudo, mostra- se importante analisar a evolução do direito concursal brasileiro, compreendendo o período imperial, republicano e atual, a fim de possibilitar uma visão ampla do sistema, e não apenas limitada aos institutos contemporâneos.

2.3.2 Direito concursal brasileiro

O direito concursal brasileiro passou por múltiplas fases até o grau de desenvolvimento atual, abrangendo, pelo menos, os períodos imperial, republicano e contemporâneo.

Com o objetivo de contemplar os três períodos referidos, este subtópico analisará (a) o período imperial; (b) as origens do direito concursal brasileiro e o

⁹⁶ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial.** Dissertação de Mestrado em Direito. 208 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 57.

Decreto nº 5.746/1929 no período republicano; (c) Segue - o Decreto-Lei 7.661/1945; (d) a Lei nº 11.101/2005 no período moderno: (d.1) a Recuperação Judicial; (d.2) a Recuperação Extrajudicial; (d.3) a Falência.

2.3.2.1 O período imperial

Nada obstante as normas do período colonial tenham regulamentado a quebra e a falência por meio da ordem reinol, estabelecendo os primórdios do sistema falencial e dos crimes falimentares como diz Rubens Requião⁹⁷, é somente com o advento da independência pátria que o Brasil passa, em 1823, a incorporar em seu sistema a Lei da Boa Razão de 1769 de Portugal, que recomendava a aplicação subsidiária da legislação das nações civilizadas, sendo decorrente dessa tradição legal a larga influência do Código Napoleão de 1807 sobre o Brasil.

Tal legislação vigorou até a edição do Código Comercial brasileiro de 1850, que, no artigo 797, Terceira Parte, dispôs: “todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido”, não tendo sido prevista a concordata preventiva, apenas a modalidade de concordata suspensiva, por meio da qual formava-se um contrato de união entre os credores, na hipótese de não ter sido apresentada proposta de concordata no curso do processo, estes poderiam dispor livremente sobre a forma de liquidação⁹⁸.

Do ponto de vista do procedimento, Rubens Requião afirma que tal contrato de união era conduzido da seguinte forma:

Os credores eram reunidos, após a instrução do processo, em assembléias, em duas ocasiões: na primeira o juiz fazia um relatório exato sobre o estado da falência e de suas circunstâncias, e exibia a lista dos credores conhecidos que se apresentavam, indicando nome, domicílio, importância e natureza dos respectivos créditos, propondo então o magistrado a nomeação de uma comissão para verificar-las. Na segunda assembléia, apresentados os pareceres da comissão verificadora, não ocorrendo dúvida sobre a admissão dos credores constantes da lista, passavam os credores a deliberar sobre a concordata. Não se admitia concordata se o falido tivesse sido julgado

⁹⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 21.

⁹⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 21.

com culpa ou fraude, e quando anteriormente já houvesse obtido igual benefício⁹⁹.

Para ser válida a concordata, o art. 847, alínea terceira, exigia que fosse concedida por credores que representassem pelo menos a maioria em número, independentemente de seu comparecimento à assembléia, e dois terços do valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Esse preceito tomou-se famoso, pois impediu que o Visconde de Mauá - exemplo edificante do espírito empresarial dos brasileiros - obtivesse concordata de seus credores. Tendo sofrido grande infortúnio em seus negócios, o que levou à falência seu poderoso império econômico - não pôde reunir na assembléia os 3.000 credores dispersos pelo mundo a fora, tornando-se impossível consequentemente sua concordata. Esse acontecimento levou-o a representar ao Parlamento, em 1879, expondo a iniquidade do preceito legal. Precipitou-se, então, o movimento de revisão da Terceira Parte do Código, resultando na Lei nº 3.065, de 1882. Para a concessão da concordata exigia-se, daí por diante, a maioria dos credores que comparecessem à assembléia, tornando então exequível a concordata por abandono¹⁰⁰.

O Código Comercial também apresentava uma singularidade quanto ao instituto da moratória, o qual, segundo o culto comercialista paranaense:

Cabe, ainda a propósito das peculiaridades do Código, lembrar o instituto da moratória. Consoante o art. 898, somente poderia obtê-la o comerciante que provasse que a impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas decorria de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior. Ao mesmo tempo o devedor estaria obrigado a apresentar um balanço exato e documentado, demonstrando a existência de fundos suficientes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante apenas alguma espera. Esse prazo de pagamento não poderia ultrapassar três anos. A moratória, ao contrário da concordata suspensiva da falência, era concedida pelo tribunal.

Contudo, a Terceira Parte do Código Comercial era muito criticado pela doutrina à época, pela impotência para evitar fraudes das empresas, tendo na época ocorrido a famosa quebra da Casa Bancária Vieira Souto, evento do qual resultou a edição dos Decretos nº 3.309/1864 e Decreto nº 3.516/1865, que não alteraram o estado falencial da Casa Bancária, nem por moratória. Tais circunstâncias motivaram alterações na Terceira Parte do Código referido na era republicana pelo Decreto nº 917/1890 (que criou a concordata preventiva), que passaria ainda por duas reformas

⁹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 21.

¹⁰⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 21.

importantes¹⁰¹ (Decretos nº 859/1902 e .2.204/1908) até a edição do Decreto nº 5.746/1929¹⁰².

2.3.2.2 O Decreto nº 5.746/1929 (período republicano)

Com o escopo de adaptar a legislação de falências ao novo cenário de crise, e reduzir os eventos de fraudes nas concordatas, o renomado jurista Waldemar Ferreira, a pedido da Associação Comercial de São Paulo, elaborou um projeto que restringia os direitos do devedor na falência e tornava as concordatas impraticáveis, por imporem ao empresário taxas mínimas de pagamento, entre outras medidas bastante onerosas¹⁰³. Este projeto deu origem ao Decreto nº 5.746 de 1929, cuja vigência durou até o ano de 1945, quando sobreveio a edição Decreto-Lei nº 7.661¹⁰⁴.

¹⁰¹ Como ressalta Fábio Comparato: “O Decreto n. 917, de 1890, tratou de corrigi-lo, e consagrou, entre outras inovações, a concordata preventiva como autêntico favor concedido ao comerciante honesto em dificuldades. Tropeçou, porém, desde logo nas temeridades do ‘encilhamento’. Sobreveio a Lei n. 859, de 1902, e as concordatas tornaram-se impraticáveis. A Lei n. 2. 024, de 1908, redigida com mão de mestre por CARVALHO DE MENDONÇA, voltou às grandes linhas elo Decreto n. 917.” COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 98-99. Sobre as alterações do Decreto 917, também Requião analisa que: “Sua reforma surgiu pela Lei nº 2. 859, de 16 de agosto de 1902. Um dos pontos graves da reforma, no qual se depositavam grandes esperanças, pois visava impedir os conluios entre credores e devedor, era a nomeação dos administradores da massa falida, isto é, dos síndicos. Passavam eles a ser escolhidos fora dos quadros da falência, dentre os nomes de uma lista organizada pelas Juntas Comerciais. Os quarenta inscritos nessa lista, no Distrito Federal, dadas as suas sinuosas atividades, logo foram alcunhados, pela verve carioca, de ‘Ali-Babá e os quarenta ladrões’...Fracassada essa reforma, partiu o governo para a elaboração de uma nova lei, que impedissem as fraudes e as procrastinações processuais. Promulgou-se, assim., a Lei nº 2.024, de 1908, cujo projeto havia sido elaborado pelo talento e experiência comercialista de J. X. Carvalho de Mendonça. Essa Lei resistiu ao tempo, tendo sido apenas revista em. 1929.” REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23-24.

¹⁰² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 20-23.

¹⁰³ A esse respeito, Fábio Comparato: “por incumbência da Associação Comercial de São Paulo, W ALDEMAR FER#REIRA redigiu anteprojeto, transformado no Decreto n. 5. 746, ele 1929, que restringiu novamente os direitos do devedor na falência, além de tornar mais difíceis as concordatas: as taxas mínimas de pagamento na proposta foram elevadas, garantias reais ou fidejussórias eram sempre exigidas do concordatário.” COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 99.

¹⁰⁴ VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 15.

Requião, por seu turno, entende que o Decreto nº 5.746/29 surgiu no contexto da Primeira Guerra e das crises que a se sucederam¹⁰⁵.

De fato, Janaína Campos Mesquita Vaz lembra que a edição do Decreto nº 5.746/1929 surgiu em um contexto de grandes mudanças históricas e de crises mundiais (como a quebra da Bolsa de Nova Iorque), nada obstante o contexto jurídico da sua publicação remontar ao começo do século XX (sucedendo os Decretos editados nos anos de 1902 e 1908, posteriores ao Decreto nº 917 de 1890). Segundo a autora, embora o Decreto de 1929 tenha surgido em um momento importante, era muito criticado pela doutrina à época, como pelo saudoso jurista Trajano de Miranda Valverde, que ironizava o instituto dizendo que a moralização das concordatas dependia de se retirar dos credores a sorte do devedor¹⁰⁶.

Seja como for, as críticas ressoaram no âmbito político, tendo sido encomendado pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, em 1939, a Trajano de Miranda Valverde, um novo projeto de lei que melhorasse o Decreto nº 5.746/1929¹⁰⁷, o que redundou na publicação do Decreto-Lei nº 7.661/1945.

2.3.2.3 O Decreto-Lei nº 7.661/1945 (período fascista)

Fábio Comparato destaca que a edição do Decreto-Lei nº 7.661/1945 acentuou o caráter judiciário do processo falimentar, bem como reduziu o direito dos credores perante o devedor comum¹⁰⁸.

Segundo Comparato, com o Decreto-Lei nº 7.661/1945: “eliminaram-se as tradicionais assembléias de credores para verificação dos créditos, substituídas por tantos processos sumários quantos sejam os créditos impugnados”¹⁰⁹. Além disso,

¹⁰⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 24.

¹⁰⁶ VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 16.

¹⁰⁷ VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 16.

¹⁰⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 99.

¹⁰⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 99.

pelas mãos do Decreto de 1945 foi introduzida pela primeira vez a “ação de concordata”, a qual, de acordo também com Comparato, “pode[ria] ser julgada procedente pelo magistrado sem, e até mesmo contra, a vontade manifesta dos credores, o que provocou as iras de Waldemar Ferreira (‘concordata fascista’)”¹¹⁰.

Janaína Campos Mesquita Vaz destaca que a inovação do Decreto-Lei nº 7.661/1945 teria sido entregar ao juiz, e não mais aos credores, o poder para decidir o futuro da empresa em crise. Esta é a mesma conclusão de Rubens Requião ao afirmar que: “em face do advento do Estado Novo e da preocupação de ajustar a legislação nacional à filosofia política de fortalecimento dos poderes do Estado, cogitou-se da reforma da lei falimentar”¹¹¹ e:

[...] esse diploma [...] reforça os poderes do magistrado, diminuindo a influência dos credores, [aboliu] a assembléia de credores; a concordata, tanto preventiva como suspensiva, deixou de ser um contrato, para se tornar um benefício concedido pelo Estado, através do juiz ao devedor infeliz e honesto¹¹².

Sobre a mudança do caráter negocial da concordata para um direito subjetivo do devedor, Pontes de Miranda também assinalou que:

Não se pense em eficácia negocial, unilateral ou contratual porque de modo algum há *negotium*. O devedor comercial, a favor de que o sistema jurídico criara direito, pretensão e ação de concordata, exerce a tutela jurídica, invocando esse direito à concordata, exigindo-a em juízo. O Estado entrega-lhe a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência da ação, em estabelecer-se o estado de concordata. A vinculação dos credores do mesmo devedor resulta de haver, na esfera jurídica de cada um, limitação legal do direito de crédito, o que permite ao Estado constituir a concordata.

Passa-se de algo semelhante ao que ocorreria se o Estado exercesse a pretensão à desapropriação: lá está, na esfera jurídica de cada proprietário, ou titular de direito, a limitação temporal, que é como franja em que aquela pretensão será exercida¹¹³.

Apesar dessas alterações consideradas “inovadoras” na época, o Decreto em questão foi reputado “fascista”, por delegar ao Estado, por meio da figura do juiz (daí o seu caráter judiciário), o destino da empresa em crise, além de conter outros problemas, bem apontados por Janaína Campos Mesquita Vaz em sua crítica:

¹¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 99.

¹¹¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 24.

¹¹² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 24.

¹¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. V. 30. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960, p. 20.

Além da falta de separação entre empresa e empresário, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 era prejudicial ao mercado, na medida em que a única forma que previa para a tutela do crédito era a decretação de falência.

A falência, entretanto, não era o único instituto previsto para o tratamento das empresas em crise, apesar de ter sido o mais aplicado. Ao lado do procedimento falencial, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 previa também um processo pré-falimentar que representava um verdadeiro favor legal ao devedor insolvável, qual seja, a concordata preventiva. A concordata preventiva era uma moratória concedida ao devedor para que postergasse o pagamento de seus créditos quirografários. Apesar de sua aplicação razoavelmente objetiva, a concordata preventiva foi um mecanismo que sofreu inúmeras deturpações e acabou se tornando um meio de transferir aos credores todo o risco das operações, tendo em vista que representava não uma moratória, mas um calote postergado.

Em razão disso, o regime da antiga Lei de Falências levava a empresa em crise, inexoravelmente, à quebra, que apresentava dois nítidos efeitos nefastos: (i) tratava-se de uma pena socialmente relevante imposta ao devedor (leia-se empresário); e (ii) tratava-se também de uma pena imposta a todos os trabalhadores, ao mercado e ao sistema de crédito do país, que tinha como única forma efetiva de garantia de recuperação de crédito a eventual falência de seus tomadores¹¹⁴.

Além disso, Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos destacam que o aludido Decreto manteve a proibição de acordo extrajudicial, ao prever, no inciso III do art. 2º, que se presume insolvente o devedor que “convoca credores e lhe propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens”, razão pela qual as partes continuaram a buscar formas ilegais e proibidas para a negociação de créditos em um processo paralelo¹¹⁵.

Tais críticas motivaram a reformulação da legislação vigente pela Lei nº 4.983 de 1966, que instituiu condições mais onerosas de cumprimento das concordatas, e pelo Decreto-Lei nº 858 de 1969, que criou a correção monetária dos débitos fiscais da empresa em crise, o que inviabilizou as tentativas de superação das dificuldades financeiras das empresas, considerando que, segundo Janaína Campos Mesquita Vaz, as dívidas fiscais tendiam a representar as contas mais vultosas dos passivos das sociedades devedoras¹¹⁶.

¹¹⁴ VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas:** atuação do juiz. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 19.

¹¹⁵ SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência – teoria e prática.** 8 ed., rev., atual., reform. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 563.

¹¹⁶ VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas:** atuação do juiz. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 19.

Por derradeiro, as inúmeras mudanças no regime legal levaria a Fábio Comparato a falar em uma espécie do “dualismo do legislador”, pois ora o objetivo do sistema se concentrava em proteger os interesses do devedor, e ora objetivo da ordem jurídica se resumia em proteger os interesses do credor, sendo desconsiderada, em todas as alterações legislativas, a empresa como algo que reúne múltiplos interesses¹¹⁷.

2.3.2.4 A Lei nº 11.101/2005 (período neorepublicano)

A Lei nº 11.101/2005 foi editada sob a égide da Constituição Federal de 1988, tendo sofrido inegável influência de seus princípios, principalmente aqueles princípios listados pela ordem econômica (art. 170). Assim, ainda que indiretamente, o legislador constituinte “positivou a preocupação com a preservação da empresa, ao determinar que a busca pelo pleno emprego, a propriedade privada e a função social da propriedade seriam valores a serem buscados e tutelados pelo Estado”¹¹⁸.

A propósito do tema, Gustavo dos Reis Leitão ressalta que a legislação concursal de 2005 teve inspiração no princípio da função social, diretamente interligado ao direito de propriedade, como uma espécie de direito-dever. Nesse sentido, segundo o autor:

[...] pela nova lei [...] houve uma valorização do conceito de função social, [...] alicerçado, também, na preservação da empresa, [...] para conservar as fontes produtoras e a função social, estando ambos os princípios interligados, sendo causa e consequência um do outro¹¹⁹.

¹¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p.102. Diz também o autor: “O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso direito falimentar - proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores - não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da emprêsa, como centro de múltiplos interesses - do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral - desvinculando-se da pessoa do empresário”.

¹¹⁸ VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 21.

¹¹⁹ LEITÃO, Gustavo dos Reis. **O plano de recuperação judicial e os limites para a intervenção do poder judiciário**. 127 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 36.

Esclarecedoras são as palavras de Manoel de Queiroz Pereira Calças, no sentido de que se deve:

[...] visualizar a empresa como “organização” e, dessa forma, preservar não apenas os interesses do empresário ou da sociedade, mas também resguardar o interesse de todos os envolvidos: empregados, fornecedores, financiadores, isto é, os stakeholders, inclusive resguardando os interesses da própria comunidade e do meio ambiente em que a empresa atua. [...] O objetivo da lei é preservar a organização empresarial. [...] É por isso que, insisto, a grande novidade da lei, ou aquilo que alguns chamam de “o coração da lei”, tanto na recuperação judicial como na falência, é a preservação da empresa como organização produtiva¹²⁰.

Nesse contexto, a Lei nº 11.101/2005 atualizada pela Lei nº 14.112/2020 disciplinou a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência, conduzida pela “necessidade de fomento econômico e de superação de uma legislação anacrônica”. Essa modernização teve como objetivo principal facilitar a recuperação de empresas, aumentando a eficiência dos processos concorrenenciais no Brasil.

2.3.2.4.1 A recuperação judicial

Janaína Campos Mesquita Vaz afirma que a recuperação na Lei nº 11.101/2005 é fortemente inspirada no modelo norte-americano do *Bankruptcy Code*, pois o mecanismo de decisão de viabilidade da recuperação é confiado aos credores, que deliberam em Assembleia Geral, a respeito ou não da aprovação da proposta, ficando a homologação judicial para um segundo momento¹²¹.

Segundo a autora, a sistemática da lei vigente é muito distinta, por exemplo, do Decreto nº 7.661/1945, através do qual estabelecia um regime pré-falencial, com ampla participação judicial na concessão deste favor legal, que era “a concordata preventiva” (arts. 139 e 156 do Decreto-lei), que tinha como finalidade evitar a falência por meio da concessão de um prazo máximo de dois anos para o pagamento dos

¹²⁰ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira et al. O espírito da lei é proteger a função social da empresa [mediadores Leandro Silveira Pereira, Carlos Costa e João de Freitas]. **Getulio**, n. 16, 2009, p. 33.

¹²¹ VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas: atuação do juiz**. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 21.

credores quirografários ou a redução de até 50% (cinquenta por cento) do valor destas dívidas, se o pagamento fosse realizado à vista¹²².

Com efeito, a LRE estabelece como objetivo da recuperação judicial, de acordo com o seu art. 47:

[...] viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Contudo, nem toda empresa pode ser submetida ao procedimento de recuperação, uma vez que se exige que ela seja economicamente viável; caso contrário, a falência, por liquidação forçada, é a melhor solução para saldar as dívidas existentes com os respectivos credores.

Ocorre que a lei brasileira não define o que significa ser economicamente viável, cabendo essa análise aos credores diante do plano apresentado e os meios apontados para alcançá-lo. Caso não seja aprovado, é decretada a falência do devedor (art. 56, § 4º da LRE).

Desse modo, pode-se afirmar, de acordo com Karina Ferraz Deoria, que “A recuperação judicial é um processo judicial destinado à superação da crise econômico-financeira de empresas economicamente viáveis”¹²³.

Do ponto de vista dos sujeitos legitimados, a recuperação judicial pode ser requerida pelo empresário ou a sociedade empresária, nos termos do art. 48 da LRE. Após iniciada, com a juntada necessária dos documentos previstos no art. 51 da LRE, o juiz deferirá o pedido de recuperação judicial e, subsequentemente: (i) nomeará um administrador judicial para fiscalizar as atividades do devedor durante o trâmite do feito; (ii) suspenderá as ações e execuções em curso contra o devedor pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias (*stay period*), com exceção das execuções de créditos ilíquidos e dos créditos excluídos da recuperação; (iii) ordenará a apresentação do plano elaborado pelo devedor de recuperação no prazo de 60 (sessenta) dias.

¹²² VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas: atuação do juiz**. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 21.

¹²³ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 61.

Vale lembrar que, a partir do momento de seu deferimento, todos os créditos do devedor passam a se sujeitar à recuperação, com exceção dos créditos fiscais, dos credores que são proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis, de arrendadores mercantis, de proprietários ou promitentes vendedores de imóveis cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (inclusive, em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio), bem como os créditos resultantes de operações de adiantamentos a contratos de câmbio para a exportação (ACCs) (art. 49, §§ 3º e 4º).

Assim, excluídos os credores mencionados, qualquer credor poderá contestar o plano proposto pelo devedor da recuperação, situação na qual será convocada uma Assembleia de Credores para deliberar sobre a aprovação ou não o plano, na forma do art. 56 da LRE.

O plano pode ser aprovado de forma expressa, como dito, por votação assemblear, ou de forma tácita, quando decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do aviso constante do art. 53, parágrafo único, ou do edital do art. 7º, § 2º, da LRE, e não houver objeções por parte dos credores.

Após a homologação judicial, que também pode ocorrer por *cram down*¹²⁴, “o devedor permanece em recuperação judicial, sob fiscalização do administrador judicial e do juízo, até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem nos dois anos seguintes à concessão da recuperação judicial (artigo 61)”¹²⁵.

¹²⁴ De acordo com Vanessa Salem Eid, “*Cram down* é um instituto criado e utilizado na doutrina americana que possibilita ao juiz da recuperação judicial impor aos credores discordantes a aprovação do plano apresentado pela recuperanda e já aceito pela maioria dos demais credores, desde que o plano tenha obtido, de forma cumulativa: 1) O voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia; 2) A aprovação de três das classes de credores; 3) Na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores”. *In: EID, Vanessa Salem. Cram down, efeitos sobre os credores e o entendimento jurisprudencial. Opinião – Revista Consultor Jurídico.* Disponível em: «Vanessa Eid: Cram down, efeitos sobre os credores e jurisprudência (conjur.com.br)» Acesso em 29 de agosto de 2024.

¹²⁵ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial.** Dissertação de Mestrado em Direito. 208f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 62.

2.3.2.4.2 A recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial constitui-se de um processo formal através do qual credores e devedor(es) buscam a homologação judicial de um acordo celebrado¹²⁶, situando-se, nas palavras de Deoria, como algo entre a recuperação judicial, que abrange todos os credores e possui inúmeros efeitos, e um simples acordo ou *workout agreement*, que gera efeitos somente entre os celebrantes¹²⁷.

Karina Ferraz Deoria lembra que a recuperação extrajudicial pode ter vantagens específicas, podendo ser utilizada para sanar casos menos complexos, ou até para resolver grandes insolvabilidades, ou ainda, para se obter a negociação de créditos específicos com uma classe de credores, tendo em vista a previsão do art. 163, § 1º da LRE permitir a reestruturação de apenas parte do passivo empresarial¹²⁸.

Manoel Justino Bezerra Filho conceitua a recuperação extrajudicial “a possibilidade, concedida ao devedor em situação de crise, de convocar seus credores para oferecer-lhes forma de composição para pagamento de valores devidos”¹²⁹.

Monica Maria Costa Di Piero ressalta que a recuperação extrajudicial:

[...] vem de forma coerente, na linha da negociação, com métodos alternativos, em consonância com os métodos preventivos, quebrando o monopólio de que apenas o judiciário detém monopólio da composição de conflitos¹³⁰.

¹²⁶ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 63.

¹²⁷ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 63.

¹²⁸ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 63.

¹²⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada: Lei 11.101/2005 – comentário artigo por artigo**. 4 ed, rev., atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 357.

¹³⁰ DI PIERO, Monica Maria Costa. Recuperação extrajudicial. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; CARNIO, Daniel (Org.). **Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 797.

Nesse sentido, Paulo Penalva Santos alerta para o fato de ser comum na recuperação extrajudicial os pedidos de dilação de prazo para pagamento ou a remissão parcial das dívidas, priorizando-se a informalidade como meio eficaz para a conclusão dos negócios perante os credores¹³¹.

Do ponto de vista legal, o sistema concursal brasileiro apresenta duas espécies de recuperação extrajudicial: a meramente homologatória e a impositiva. A primeira, vincula somente os participantes, que decidem criar uma solução para o problema do passivo empresarial¹³². A segunda, vincula todos os créditos abarcados pelo plano, desde que resulte da aprovação de mais da metade, pelo menos, dos credores de cada um dos grupos ou espécies previstas no respectivo plano (art. 163 da LRE)¹³³.

Como lembram Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo, a recuperação extrajudicial impositiva “restou incluída pela reforma da Lei nº 11.101/2005, que reduziu de três quintos para a metade da quantidade de credores que deverão aceitar o plano de recuperação judicial”¹³⁴, sendo que tal “sujeição de minoria dissidente pode também ser chamada de *cram down*”¹³⁵.

Ademais, vale destacar que os mesmos legitimados para requerer a recuperação judicial poderão solicitar a homologação do plano de recuperação extrajudicial, excluindo-se, nas palavras de Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos: “instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, instituições de

¹³¹ SANTOS, Paulo P. A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**. Disponível em: «A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**». Acesso em 29 de agosto de 2024.

¹³² “É a modalidade prevista no art. 162, na qual existe a adesão da totalidade dos credores atingidos pelo plano, independentemente de quem seja e qual classe de credores pertença. Denomina-se recuperação extrajudicial facultativa justamente porque a adesão dos credores é voluntária e seus efeitos são inter partes. Como o devedor tem o direito de escolher os credores com quem irá negociar, presume-se que elaborará um plano apenas com aqueles que se dispuserem a participar, fazendo da homologação da recuperação extrajudicial um evento praticamente certo e gerador de relevantes efeitos jurídicos. Nessa modalidade, a sistemática é bastante simples, sem maiores formalidades. Nada obsta que o plano dispense tratamento desigual àqueles que dele participam, na medida em que é lícito acordar condições diferentes para um dos aderentes. Ou seja, é possível que os credores signatários tenham tratamento díspar, sem que implique qualquer irregularidade. Da mesma forma, é plenamente possível que o plano abranja diversos credores de uma espécie e apenas um de outra ou, ainda, no limite da lei, mediante adesão, atinja créditos não sujeitos à recuperação extrajudicial”. Ver SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência – teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 4 ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023, p. 941.

¹³³ Houve mudança no quorum pela Lei nº 14.122/2020, pois, antes dela, a aprovação deveria ser de pelo menos 3/5 dos credores para a aprovação do plano.

¹³⁴ COSTA, Daniel Carnio e NASSER DE MELO, Alexandre. **Comentário à lei de recuperação de empresas**. 3 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2022, p. 449.

¹³⁵ COSTA, Daniel Carnio e NASSER DE MELO, Alexandre. **Comentário à lei de recuperação de empresas**. 3 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2022, p. 449.

previdência privada, operadoras de planos de saúde, seguradoras, empresas de capitalização, [...] empresas públicas e sociedades de economia mista”¹³⁶.

A recuperação extrajudicial, em termos práticos, se constitui através do plano, que é o verdadeiro instrumento “por meio do qual se manifestam as negociações levadas a cabo entre o devedor e os seus credores (LREF, art. 161). Ele possui inegável natureza contratual”¹³⁷.

Nesse sentido, é válido destacar também que desde o respectivo pedido incide a suspensão prevista no art. 6º da Lei nº 11.101/2005 exclusivamente relacionadas às espécies de créditos abrangidas pelo pleno, “e somente deverá ser ratificada pelo juiz se comprovado o quórum inicial de um terço”¹³⁸.

A abrangência de créditos na recuperação extrajudicial é ampla, valendo citar, na esteira de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, que poderão ser incluídos aqueles créditos resultantes de atos cooperativos (art. 6º, § 13 da LRF); crédito do titular de cédula de produto rural de liquidação física ou representativa de operação de troca por insumos (art. 11 da Lei 8.929/1994); crédito do titular de cédula imobiliária rural ou produto rural (art. 10, § 4º da Lei 13.986/2020); crédito devido pelo produtor rural por dívida não resultante da respectiva atividade (art. 49, § 6º da LRF); o crédito devido pelo mesmo produtor rural por não dívida que não restou contabilizada (art. 49, § 6º da LRF); também o crédito devido por produtor rural por dívida decorrente de recursos controlados já submetido à renegociação conforme arts. 14 e 21 da Lei 4.829/1965 (art. 49, §§ 7º e 8º da LRF); o crédito decorrente do art. 49, § 9º da LRF e do titular de direitos na esfera de operações compromissadas e os seus derivativos (art. 193-A da LRF)¹³⁹.

¹³⁶ SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência – teoria e prática.** 8 ed., rev., atual., reform. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 567.

¹³⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência – teoria e prática** na Lei 11.101/2005. 4 ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023, p. 930-931. Conforme ressaltam os mesmos autores: “[...] O plano não precisa abranger todos os créditos possíveis de cobertura, fica a critério do devedor, à luz do caso concreto e de suas necessidades, escolher os créditos que deseja englobar em sua proposta”.

¹³⁸ COSTA, Daniel Carnio e NASSER DE MELO, Alexandre. **Comentário à lei de recuperação de empresas.** 3 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2022, p. 451.

¹³⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência – teoria e prática** na Lei 11.101/2005. 4 ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023, p. 935.

Sob perspectiva procedural, tem-se que, após iniciado o processo formal de recuperação extrajudicial, os credores poderão fazer impugnações ao plano no prazo de 30 (trinta) dias, que serão apreciadas pelo juiz ao proferir a decisão acerca da homologação (art. 164, § 5º da LRE). Diversamente da recuperação judicial, a homologação do plano de recuperação extrajudicial acarreta o fim do processo, razão pela qual não se afigura necessária a permanência de supervisão judicial por 2 (dois) anos.

Por último, cabe enfatizar que a não homologação do plano não leva à conversão do feito em falência, estando o devedor autorizado a ajuizar novo pedido de recuperação extrajudicial ou de recuperação judicial (art. 164, § 8º da LRE).

Por ser tema central deste trabalho, maior destaque será dado à Recuperação Extrajudicial na seção 5, bem como às inovações legais trazidas pela Lei nº 14.122/2020 neste instituto.

2.3.2.4.3 A falência

A falência é o procedimento de liquidação forçada direcionado aos empresários ou às sociedades empresárias economicamente inviáveis, cujo objetivo é a eliminação do mercado do agente econômico, em benefício dos credores e da tutela do crédito, elemento indispensável ao funcionamento da economia de mercado¹⁴⁰.

Processualmente, a falência pode ser requerida pelos credores na forma do art. 94 da LRE, ou ser pleiteado pelo próprio devedor, ocasião em que é denominada de autofalência. Seu início pode ser comprovado, dentre outras hipóteses previstas no art. 94 e incisos, pela regra da impontualidade, que ocorre quando o devedor, sem razão jurídica, deixa de fazer frente a obrigação líquida e vencida de quantia superior a quarenta salários mínimos (art. 94, I da LRF), “além da execução frustrada e os

¹⁴⁰ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 64.

chamados atos de falência, que sinalizam a desagregação do negócio, apontando potencial ou real insolvência”¹⁴¹.

Iniciada a falência, o empresário ou a sociedade empresária ficam inabilitados para o exercício de atividades empresariais (art. 103 da LRE¹⁴²) e seus sócios e administradores são afastados da gestão do negócio (art. 104 da LRE¹⁴³), sendo nomeado um administrador judicial que passará a administrar e supervisionar a falência, com o objetivo de liquidar os ativos e realizar o pagamento aos credores, na ordem de prioridade de classificação dos créditos do art. 83 da LRE.

O encerramento da falência, que ocorre por sentença recorrível por apelação, é regido pelo art. 156 da LRE:

Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença e ordenará a intimação eletrônica às Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento e determinará a baixa da falida no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), expedido pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Karina Ferraz Deoria ressalta que sentença da falência põe termo ao procedimento falimentar, mas não às obrigações do falido, que permanecem até a ocorrência de uma das possibilidades de extinção das obrigações previstas no artigo 158 da LRE¹⁴⁴, como o pagamento de todos os créditos, ou a ocorrência de uma das hipóteses dos incisos II¹⁴⁵ e V¹⁴⁶ do mesmo dispositivo.

¹⁴¹ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 65.

¹⁴² Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.

¹⁴³ Veja-se o que diz o inciso V do art. 104 da LRE: “V - entregar ao administrador judicial, para arrecadação, todos os bens, papéis, documentos e senhas de acesso a sistemas contábeis, financeiros e bancários, bem como indicar aqueles que porventura estejam em poder de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)”.

¹⁴⁴ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 66.

¹⁴⁵ “II - o pagamento, após realizado todo o ativo, de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários, facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir a referida porcentagem se para isso não tiver sido suficiente a integral liquidação do ativo”.

¹⁴⁶ “V - o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado”.

As referidas obrigações do falido também são extintas por sentença, após a qual, desde que tenha ocorrido o seu trânsito em julgado e não se verifique a prática de crime falimentar, o falido estará reabilitado, podendo atuar no mercado novamente¹⁴⁷.

¹⁴⁷ DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, p. 66.

3 FUNDAMENTOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra a inafastabilidade do poder jurisdicional, assegurando o direito fundamental à ação no artigo 5º, XXXV, no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, razão pela qual qualquer pessoa, desde que respeitadas as condições ao exercício da ação da legislação infraconstitucional, poderá açãoar o Poder Judiciário para buscar a sua tutela frente a ameaça ou lesão a direito.

Contudo, nem sempre açãoar o Poder Judiciário corresponde a melhor solução do conflito idealizada pelas partes, residindo nesse ponto a grande vantagem do Sistema Multiportas ou do *Multidoor Courthouse*:

[...] contribuindo de forma decisiva ao aperfeiçoamento de um sistema de justiça. Isso porque, ao oferecer diversas soluções para um mesmo problema conflito, pode atender especificamente aos interesses das partes envolvidas¹⁴⁸.

Com essa noção inicial, esta seção pretende analisar o Sistema Multiportas e a sua institucionalização jurídica por meio de mecanismos consensuais de solução de conflitos ao exercício do poder jurisdicional, apontando também as suas bases no Direito brasileiro.

3.1 O Acesso à Justiça e o Projeto Florença

O estudo do problema ao acesso à justiça foi coordenado de forma pioneira na década de 1970 pelos pesquisadores Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Nicolò Trocker

¹⁴⁸ BARBOSA E SILVA, E. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação.** Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 54.

no chamado *acess-to-justice movement*, tendo como financiador a Fundação Ford, que estudou o Poder Judiciário e o acesso à justiça em várias partes do mundo¹⁴⁹.

A denominação “Projeto Florença” se deve à circunstância de Mauro Cappelletti, um dos líderes da pesquisa, ser professor do Departamento de Direito Processual da Universidade de Florença, razão pela qual o relatório final, com o nome *to justice Acess the worldwide movement to make rights effective: a general report*, acabou por ser resumido em: acesso à justiça e Projeto Florença¹⁵⁰.

Segundo os levantamentos feitos por esta pesquisa, não basta o Estado proclamar direitos e instituir um sistema de justiça, sem criar mecanismos efetivos para que os cidadãos possam alcançá-lo adequadamente e eficazmente. De acordo com Mauro Cappelletti:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a condução final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida¹⁵¹.

¹⁴⁹ Vale lembrar que, embora tal estudo empírico tenha abrangido diversos países, o Brasil não foi pesquisado. “O acesso à Justiça é uma preocupação constante ao longo da história, mas a obra de Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolò Trocker, publicada em 4 (quatro) volumes, em anos distintos, a partir de 1974/1975, foi um marco para o direito processual, ao realizar, em conjunto com estudiosos de diversos países, uma abordagem nova sobre o acesso à Justiça na sociedade contemporânea. A pesquisa, denominada Projeto Florença, detectou diversas barreiras para a efetividade do acesso à Justiça. A partir dessas constatações, foram sistematizadas três ondas renovatórias de acesso à Justiça. A primeira onda renovatória envolve a assistência jurídica; a segunda envolve a representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e de direito do consumidor; e a terceira, denominada ‘enfoque de acesso à justiça’, reflete a tentativa de atacar as barreiras ao acesso à Justiça”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1.827, 2015. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/19385/14138>. Acesso em: 02 de setembro de 2024.

¹⁵⁰ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 99-100.

¹⁵¹ CAPPELLETTI, M e GARTH, B. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

Com o Projeto Florença, e após a análise dos dados empíricos, os pesquisadores chegaram à conclusão de que o acesso efetivo à justiça deve ser um norte nas sociedades modernas, constatando a existência de “três ondas”, à época consideradas renovatórias, “que fazem alusão a um movimento em progressão, tal como ondas, pelas quais o acesso à justiça passaria por fases cronológicas de transformação do conteúdo ou significado da expressão”¹⁵².

A primeira onda renovatória concebida pelo Projeto Florença seria a criação de assistência jurídica gratuita à população carente de recursos técnicos e financeiros, representada, no caso brasileiro, por meio da implementação das Defensorias Públicas após a Constituição Federal de 1988.

A segunda onda seria a criação de mecanismos de tutela de direitos difusos e coletivos ou transindividuais, para a proteção de direitos ambientais e consumeristas, por exemplo, visando também a um redimensionamento nos efeitos da coisa julgada, e na participação de organizações sem fins lucrativos nessas causas¹⁵³.

A terceira onda renovatória, por sua vez, estaria na garantia de efetivação da justiça por outros meios que não apenas o Poder Judiciário, dando-se importância aos demais atores processuais, como advogados, partes e instituições na resolução do conflito.

A terceira onda, na verdade, significaria uma verdadeira mudança de paradigma na concepção de justiça, a qual, mesmo monopolizada pelo Estado por meio da jurisdição, não afasta dos cidadãos a possibilidade da adoção dos mecanismos alternativos, com base no princípio do consenso.

Sobre a aludida mudança de paradigma de justiça, Cappelletti e Garth defenderam que:

¹⁵² ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas**: perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 100.

¹⁵³ “A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentados por particulares.” In: CAPPELLETTI, M e GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.103.

Elas [as partes] podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos. As partes, ademais, podem diferir grandemente em poder de barganha, experiência ou outros fatores já comentados anteriormente no presente estudo sob o título 'Possibilidades das Partes'. Por fim, é preciso enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes. Por exemplo, considerem-se as vantagens antes mencionadas que o poderoso litigante organizacional tem frente ao indivíduo. Num primeiro nível, essas vantagens consistem na capacidade de reconhecer um direito, poder custear uma pequena causa, ou utilizar o fórum de forma eficiente para impor um direito ou defendê-lo de ataques. Essas são vantagens concretas em casos individuais, as quais, como veremos, podem ser enfrentadas com algum sucesso ao nível individual. Num segundo nível, as vantagens consistem na capacidade de encaminhar casos-teste, de modo a assegurar precedentes favoráveis, que serão vantajosos em casos individuais; de estruturar as transações de maneira a tirar proveito dessas normas; de controlar o cumprimento de determinada lei, quando seja necessário; de sugerir ou fazer pressão a favor de mudanças no sentido de leis favoráveis¹⁵⁴.

As conclusões dos estudos empreendidos por Cappelletti e Garth no Projeto de Florença seriam importantes para a institucionalização jurídica dos meios alternativos à resolução do conflitos, com a adoção do sistema multiportas, possibilitando aos cidadãos o acesso a diversos instrumentos, que não apenas o Judiciário, para resolver as controvérsias/divergências típicas das relações sociais.

3.2 Institucionalização do sistema multiportas (*multidoor courthouse*)

Modernamente, o conceito de sistema multiportas está atrelado ao famoso conceito de Centro de Resolução de Conflitos, como um *multidoor courthouse*, idealizado pelo Professor de Direito da Universidade de Harvard Frank A. E. Sander, em palestra datada de 1976, no qual o referido estudioso do tema visualizou tribunais no futuro que fossem opções alternativas ao Judiciário, como a mediação e a

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, M e GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 27.

arbitragem, e que poderiam ser mais rápidos e resolutivos, bem como trazer menos estresse às partes envolvidas¹⁵⁵.

O modelo idealizado por Frank A. E. Sander seria institucionalizado nos Estados Unidos, objeto de plano-piloto pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos no decorrer das décadas de 1970 e 1980 em cidades com Atlanta, Los Angeles, Honolulu, Dallas, consolidando-se a mediação como um meio viável já no final da década de 1980 como uma alternativa para resolver crescentemente problemas ambientais e mobiliários, sendo exportado para outros países (como o Brasil) nas décadas seguintes.

Nesse sentido, este tópico explorará os modelos de mediação, decorrente da visão *multidoor courthouse*, nos sistemas norte-americano, europeu e português, a fim de corroborar com a metodologia comparatista do presente estudo em relação aos fundamentos da otimização da recuperação extrajudicial pela via do tabelionato de notas, já comentada anteriormente.

3.2.1 O modelo norte-americano

Como dito, o modelo estadunidense do sistema multiportas é inspirado na teoria de Frank A. E. Sander, tendo sido implementado sob a forma de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), nos moldes do federalismo, onde cada Estado federal pode fixar regras próprias para a solução de conflitos, sendo comumente citados como modelos evoluídos de ADR os sistemas da Flórida e de Nova York¹⁵⁶.

Na Flórida, há um modelo próprio de justiça multiportas conhecida como Florida *Dispute Resolution Center* (DRC), em vigor desde a década de 1980 e conectada à Suprema Corte (*court-connected*), que oferece diversos serviços de mediação,

¹⁵⁵ BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 54.

¹⁵⁶ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas**: perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 82.

pesquisa nesta área e demais serviços de ADR¹⁵⁷, conforme informa o Tribunal local¹⁵⁸.

¹⁵⁷ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 82.

¹⁵⁸ [...] Alternative dispute resolution (ADR) has been utilized by the Florida Court System to resolve disputes for over 30 years, starting with the creation of the first citizen dispute settlement (CDS) center in Dade County in 1975. ADR processes offer litigants court-connected opportunities to resolve their disputes without judicial intervention. In Florida, this has resulted in one of the most comprehensive court-connected mediation programs in the country. The Florida Dispute Resolution Center (DRC) was created during the mid 1980's to provide assistance to the courts in developing ADR programs and to conduct education and research on ADR in general. On January 1, 1988, comprehensive revisions to Chapter 44, Florida Statutes, entitled "Mediation Alternatives to Judicial Action," were implemented. This 1987 legislation granted civil trial judges the statutory authority to refer cases to mediation or arbitration, subject to rules and procedures established by the Supreme Court of Florida. Since then, the statute has been revised several times and procedural rules, certification qualifications, ethical standards, grievance procedures, training standards, and continuing education requirements for mediators have been implemented. The Florida State Court System consists of 20 judicial circuits that encompass Florida's 67 counties. Prior to July 2004, ADR programs in Florida were funded by the counties. This resulted in great variations of ADR services across the state. Generally, single county circuits provided litigants with access to a wide variety of ADR programs; while in multi-county circuits, ADR services were offered in some, but not all of the counties; thereby leaving some counties with no services. In a constitutional amendment implemented on July 1, 2004, the funding for the state court system became the responsibility of the state. The goal was for litigants to have generally uniform access to "essential" services regardless of where they live in the state. Included among those "essential" services are court-connected mediation and arbitration. The Supreme Court of Florida, through the DRC, offers certification for mediators in the areas of county court, family, circuit court, dependency and appellate cases. In most cases, parties select the mediator of their own choice. However, certified mediators may receive appointments from the court when the litigants are unable to select their own mediator. Certified mediators and those individuals who are not certified but who mediate court-ordered cases are bound by the ethical standards contained in the Florida Rules for Certified and Court-Appointed MediatorsPDF Download. Mediators renew their certification every two years and must complete 16 hours of continuing mediator education applicable to each area of certification. The Supreme Court does not certify arbitrators; however, court-appointed arbitrators are bound by the Florida Rules for Court-Appointed Arbitrators". *In: History of ADR and Mediation in Florida.* Disponível em: «History of ADR & Mediation in Florida - Florida Courts (flcourts.gov) » Acesso em 05 de setembro de 2024. Tradução livre: "[...] A resolução alternativa de litígios (RAL) tem sido utilizada pelo Sistema Judicial da Flórida para resolver litígios há mais de 30 anos, começando com a criação do primeiro centro de resolução de litígios entre cidadãos (CDS) no Condado de Dade em 1975. Os processos ADR oferecem aos litigantes oportunidades ligadas ao tribunal para resolverem os seus litígios sem intervenção judicial. Na Flórida, isto resultou num dos programas de mediação ligados ao tribunal mais abrangentes do país. O Centro de Resolução de Litígios da Flórida (DRC) foi criado em meados da década de 1980 para prestar assistência aos tribunais no desenvolvimento de programas de ADR e para realizar educação e investigação sobre ADR em geral. Em 1 de janeiro de 1988, foram implementadas revisões abrangentes ao Capítulo 44 dos Estatutos da Flórida, intitulado "Alternativas de mediação à ação judicial". Esta legislação de 1987 concedeu aos juízes de julgamento civil a autoridade estatutária para encaminhar casos para mediação ou arbitragem, sujeitos a regras e procedimentos estabelecidos pelo Supremo Tribunal da Flórida. Desde então, o estatuto foi revisto várias vezes e foram implementadas regras processuais, qualificações de certificação, normas éticas, procedimentos de reclamação, normas de formação e requisitos de formação contínua para mediadores. O Sistema de Tribunais do Estado da Flórida é composto por 20 circuitos judiciais que abrangem os 67 condados da Flórida. Antes de julho de 2004, os programas de ADR na Flórida eram financiados pelos condados. Isto resultou em grandes variações nos serviços de ADR em todo o estado. Geralmente, os circuitos de um só condado davam aos litigantes acesso a uma grande variedade de programas de ADR; enquanto que nos circuitos de vários condados, os serviços de ADR eram oferecidos em alguns, mas não em todos os condados, deixando assim alguns condados sem serviços. Numa emenda constitucional implementada

A partir de 2004, o modelo de ADR da Suprema Corte da Flórida – equivale aos Tribunais de Justiça brasileiros – passaram a ser financiados com recursos públicos, para todo o Estado. Com a conexão desse serviço ao Tribunal (*court-connected*), o DRC passou também a certificar mediadores em várias áreas, como família, direito local, etc., que são livremente escolhidos pelas partes, em regra, antes do início do litígio, situação na qual se torna mais dispendioso para as partes continuar o conflito em juízo¹⁵⁹.

Portanto, pode-se afirmar, segundo Armani Alves, que os serviços de ADR e DRC na Flórida são verdadeiros políticas públicas disponíveis à população como forma de acesso à justiça¹⁶⁰.

Em Nova York, há também um programa de multiportas, incentivado pelo próprio Tribunal, para que as partes cheguem a um consenso antes de protagonizarem uma demanda judicial.

Nesse sentido, Armani Alves destaca que a Corte de Nova York apresenta diversas soluções, como a mediação, a mediação sob a forma gratuita, a ADR, a mediação agrícola, a mediação que envolvam processos em andamento no Tribunal e até mesmo a mediação em matéria de honorários¹⁶¹.

a 1 de julho de 2004, o financiamento do sistema judicial estatal passou a ser da responsabilidade do Estado. O objetivo era que os litigantes tivessem um acesso geralmente uniforme a serviços “essenciais”, independentemente do local onde vivessem no Estado. Entre esses serviços “essenciais” incluem-se a mediação e a arbitragem ligadas ao tribunal. O Supremo Tribunal da Flórida, através do DRC, oferece certificação para mediadores nas áreas de tribunal de condado, família, tribunal de circuito, dependência e casos de recurso. Na maioria dos casos, as partes selecionam o mediador da sua própria escolha. No entanto, os mediadores certificados podem receber nomeações do tribunal quando os litigantes não podem selecionar o seu próprio mediador. Os mediadores certificados e os indivíduos que não são certificados mas que medeiam casos ordenados pelo tribunal estão vinculados aos padrões éticos contidos nas Florida Rules for Certified and Court-Appointed MediatorsPDF Download. Os mediadores renovam a sua certificação de dois em dois anos e têm de completar 16 horas de formação contínua de mediadores aplicável a cada área de certificação. O Supremo Tribunal não certifica árbitros; no entanto, os árbitros nomeados pelo tribunal estão vinculados às Regras da Flórida para árbitros nomeados pelo tribunal”.

¹⁵⁹ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 82-87.

¹⁶⁰ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 83.

¹⁶¹ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 84.

Em matéria de família, é possível também que as partes obtenham reduções de taxa para realizar mediação, desde que preencham os requisitos legais, para tratar de assuntos como o divórcio, em verdadeiros “centros colaborativos”.

Além disso, Armani Alves destaca que esses serviços de mediação não estão disponíveis apenas nos fóruns, sendo possível também encontrá-los nos condados, nos quais as partes podem acessar os centros de mediação de conflitos, muito semelhantes aos Cejuscs brasileiros¹⁶².

Dessa forma, é importante assinalar que o modelo norte-americano, fortemente influenciado pela teoria de Frank A. E. Sander e também pela atuação da Suprema Corte Americana a partir da década de 1970, visualizou na adoção dos meios alternativos ou multiportas a possibilidade de resolver mais rapidamente e com menos custos o problema do acesso à justiça, sendo que esse pioneirismo inspirou outros países latino-americanos, como Brasil, a implementar meios consensuais de ADR e de *court-connected*, como o Cesusc, capacitando mediadores e incentivando o consensualismo como alternativa à justiça estatal.

3.2.2 O modelo europeu

Inspirando-se no modelo norte-americano vários países do continente Europeu, inclusive sob incentivo da União Europeia, passaram a adotar inúmeras formas alternativas de resolução de conflitos, tais como a ADR's do direito estadunidense. Heloisa Leonor Bulka lembra que o modelo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) advindo dos Estados Unidos, pelo qual se busca a resolução do conflito fora da justiça estatal, atualmente atende à nomenclatura “adequado” em vez de “alternativo” na medida em que atende “a *ratio* de recursos que compreendem a categoria”¹⁶³.

¹⁶² ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 84.

¹⁶³ BUIKA, H. L. **Mediação:** uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 58.

Nesse sentido, a referida autora ressalta que desde a década de 1980 a União Europeia passou a fomentar a adoção da mediação como um instrumento adequado à resolução de conflitos dentro da comunidade europeia, a fim de estimular a cooperação entre seus países-membros, bem como proteger o direito à democracia, o Estado de Direito, os direitos humanos, interessante a uma sociedade tolerante, coesa e civilizada que busca o desenvolvimento econômico¹⁶⁴.

Com esses objetivos, o *memorandum* da Comissão Europeia apresentado ao Conselho Europeu em 1985 já destacava a importância da efetividade de tutelas mais ágeis e velozes para garantir o direito dos consumidores, tendo sido institucionalizada por meio da Resolução nº 25 de 1987¹⁶⁵.

Nesse contexto, Bulka registra um conjunto de diretivas normativas aprovadas pela União Europeia ao longo da década de 1990 e dos anos 2000 como fomento às ADR's em solo europeu: como a Resolução nº 30/1998, formalizada na Recomendação nº 98/257/CE, que instituiu os princípios da resolução extrajudicial de conflitos no âmbito das relações de consumo (liberdade, transparência, independência, representação, contraditório etc.); como a Recomendação 2001/310/CE, cujo escopo era o alargamento do acesso ao consumidor aos métodos alternativos; como o Livro Verde editado em 19 de abril de 2002, que incentivou os mecanismos alternativos no âmbito das relações civis e comerciais, tratando-os como prioridade política, por meio de trabalhos legislativos para melhorar a vida dos cidadãos no acesso à justiça; como a Diretiva 2008/52/CE, que fixou o uso da mediação como uma solução econômica rápida e eficaz nos assuntos civis e comerciais, estabelecendo como princípios da mediação a voluntariedade, a informalidade, a ausência de prazo, a confidencialidade, o incentivo estatal à sua prática, a executoriedade etc., indicando a data de 21 de maio de 2011 para que os países-membros da UE adotassem instrumentos legais para dar cumprimento à Diretiva¹⁶⁶.

¹⁶⁴ BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 58.

¹⁶⁵ BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 58.

¹⁶⁶ BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 59-63.

Seguindo o modelo europeu de ADR's, a Itália possui diversos mecanismos consensuais: judicial, extrajudicial, amigável, arbitragem e mediação, sendo que os dois últimos são realizados por meio de um terceiro imparcial para resolver o conflito¹⁶⁷.

Armani Alves lembra que o sistema de ADR's também existe na França, onde “não é comumente usada em controvérsias de construção, exceto em casos em que a determinação por um especialista é solicitada, quer seja designada pelas partes em um acordo ou cláusula contratual, [...] ou pelo tribunal, em contexto de litígios”¹⁶⁸.

Por fim, cumpre destacar o modelo das ADR's no Reino Unido, que mesmo sendo da tradição jurídica da *commom law* e não pertencendo mais à União Europeia, ingressou no movimento por meio das *Parents Forever*¹⁶⁹ e da *Families Need Fathers*¹⁷⁰, introduzindo a mediação nas causas de Direito de Família¹⁷¹.

3.2.3 O modelo português

O modelo português interessa ao estudo deste trabalho, em específico, por guardar laços históricos com o Brasil.

O sistema de ADR português, modernamente, é influenciado pela Diretiva Europeia 52/2008, sendo regulamentado pelas Portarias 245 e 344/2013, atribuindo à Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) a lista de mediadores, os requisitos de

¹⁶⁷ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 95.

¹⁶⁸ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 95.

¹⁶⁹ Tradução livre: Pais para sempre.

¹⁷⁰ Tradução livre: Famílias precisam de pais

¹⁷¹ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 94-95.

inscrição, a forma de acesso, bem como a competência para certificar entidades formadoras de cursos de formação de mediadores¹⁷².

A mediação portuguesa também é regulamentada pela Lei 29/2013, garantindo às partes plenos poderes (empowerment), ou seja, voluntariedade e autonomia aos autores para construir e solucionar o conflito, bem como consagrando outros princípios como a confidencialidade, a informalidade, a celeridade, etc.¹⁷³.

Em Portugal, Heloisa Leonor Bulka ressalta também que há dois modelos em discussão: evaluative mediation (mediação intervintiva), com menor intervenção ou interferência do mediador, e facilitative mediation (mediação facilitadora). Há, também, duas formas de mediação: pública e privada. A pública é total ou parcialmente regulamentada e financiada pela figura estatal, sendo aplicável ao âmbito laboral (Portaria nº 282/2010), penal (Lei nº 21/2007) e familiar (Despacho nº 18.778/2007)¹⁷⁴.

No setor público, predomina o mecanismo da mediação facilitadora, sendo que os mediadores com formação pelas autoridades de ensino difundem esse método aos seus alunos. A mediação intervintiva é adotada mais nas lides de consumo, mas nesse caso adquire o sentido de conciliação e não de mediação, uma vez que a participação incisiva do mediador nesta etapa configura um meio conciliatório pela lei portuguesa¹⁷⁵.

Por sua vez, a mediação privada, que não é obrigatória assim como na pública, deve passar por homologação judicial depois de ser firmada, para que se verifique eventuais vícios na sua constituição, para saber se seria cabível, se foi celebrada de boa-fé, se não houve violação aos princípios gerais de direito, à ordem pública ou abuso de direito¹⁷⁶.

¹⁷² BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 93.

¹⁷³ BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 93.

¹⁷⁴ BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 94.

¹⁷⁵ BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 94.

¹⁷⁶ BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 94-95.

Heloísa Leonor Bulka lembra que apesar de ser facultativa no sistema português, nada impede que contratualmente as partes estabeleçam que a mediação será obrigatória, com base no princípio na autonomia da vontade, e, inclusive, no futuro, vê que dado o cenário de judicialização/desjudicialização e informatização como um todo, não será surpresa se a lei portuguesa estabelecer a obrigatoriedade da mediação como mecanismo ideal de solução de conflitos¹⁷⁷.

3.3 Institucionalização do sistema multiportas no Brasil

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a constante adoção pelo sistema jurídico dos meios alternativos à solução de controvérsias conduz à conclusão de que o legislador está equiparando a importância desses institutos à jurisdição¹⁷⁸.

No Brasil, fica claro a demonstração de importância dos meios alternativos por meio da normatização, através da qual a mediação e a conciliação ou mesmo a negociação direta de conflitos pelas partes passou a ser institucionalizada pelas leis e pelo sistema de justiça.

Com isso em mente, esta seção pretende apresentar a evolução normativa do tema no sistema jurídico brasileiro, com ênfase nas especificidades locais e nas inovações legais.

¹⁷⁷ BUIKA, H. L. **Mediação: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro**. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019, p. 96.

¹⁷⁸ DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 195-196.

3.3.1 A construção dos mecanismos consensuais como via de tratamento adequado

O tratamento jurídico dos mecanismos consensuais à solução de conflitos não é novo no Brasil, tendo sido previsto pela Constituição Imperial de 1824, no art. 161: “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”, e no art. 162: “para este haverá juízes de paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei” (art. 162).

Por seu turno, Armani Alves¹⁷⁹ detalha que a Consolidação das Leis Processuais do conselheiro Ribas previa no artigo 185 que “em regra nenhum processo pode começar sem que se faça constar que se tem intentado o meio de conciliação perante o Juiz de Paz”, enfatizando que o Código de Processo Civil de 1939, apesar de ter estabelecido a não obrigatoriedade da conciliação ou mediação, abriu a possibilidade de celebração de acordo, sobretudo no âmbito do desquite previsto no artigo 642¹⁸⁰.

Mais progressista, o Código de Processo Civil de 1973 criou a tentativa de conciliação das partes como uma política na audiência preliminar (arts. 331, 447¹⁸¹,

¹⁷⁹ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 123.

¹⁸⁰ Art. 642. O desquite por mútuo consentimento será requerido em petição assinada pelos cônjuges, ou a seu rôgo, se não souberem ou não puderem escrever, instruída com certidão de casamento realizado há mais de dois (2) anos e, se houver: [...]

¹⁸¹ [...] Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação. Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença. Da Audiência Preliminar (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) § 1º. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) § 2º. Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) § 3º. Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)”.

448 e 449), sendo que no rito sumário, caso não fosse realizada conciliação¹⁸², a contestação era feita em audiência.

Paulo Henrique Raiol Ostia lembra também que os traços iniciais de institucionalização de meios consensuais no Brasil ocorreram na década de 1980 por meio dos Juizados Informais de Conciliação, que se originaram de experiência extralegal por juízes gaúchos, seguidos por magistrados paranaenses e baianos, com a criação dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, no ano de 1982¹⁸³, formando uma espécie de justiça paralela com a resolução rápida e sem despesas dos conflitos, conforme registra Antonio Pessoa Cardoso¹⁸⁴.

Contudo, foi com a Constituição Federal de 1988 que o discurso da institucionalização ganhou força, com o amplo rol de direitos fundamentais, como o acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), a isenção de custas em determinadas situações e a previsão de instituição do juizado de pequenas causas (art. 24, X, da CF).

Na esteira da constitucionalização do processo, foi editada a Lei nº 9.099/1995, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, prevendo amplas possibilidades de conciliação e a figura da transação penal, em nítida flexibilização da indisponibilidade da ação penal pública¹⁸⁵.

No ano de 2002, foi também apresentado o Projeto de Lei nº 94/2002, que seria aprovado anos depois como a Lei nº 13.140/2015, instituindo o marco legal da mediação brasileira, em momento anterior à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁸² Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995) § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995).

¹⁸³ OSTIA, P. H. R. **Conciliação e acesso à justiça:** um estudo qualitativo dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 108.

¹⁸⁴ CARDOSO, A. P. Juizados especiais aproximam a Justiça do povo. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: «Juizados especiais aproximam a Justiça do povo (conjur.com.br) » Acesso em 10 de setembro de 2024.

¹⁸⁵ Art. 1º. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

O Conselho Nacional de Justiça, em 2010, implementou a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, por meio da Resolução nº 125, que previu, em seu artigo 1º, parágrafo único: “aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses”.

Kazuo Watanabe, ao discorrer sobre a Resolução nº 125/2010 do CNJ, destaca que a sua aprovação foi resultado direto da atuação do Presidente da Suprema Corte Cezar Peluso, que procurou mudar a cultura da sentença no país para uma cultura de paz, ao instituir os meios alternativos como verdadeiras políticas públicas e sociais¹⁸⁶.

Dessa forma, pode-se mencionar como três importantes marcos da institucionalização dos meios alternativos contemporâneos, ao lado da Constituição Federal, que dignificou a justiça por meio da previsão de direitos fundamentais: a Resolução nº 125/2010, a Lei de Mediação (nº 13.140/2015)¹⁸⁷ e o Novo Código de Processo Civil, os quais, nas palavras de Armani Alves: “formam um verdadeiro microssistema de mediação, cobrindo os mais diversos aspectos, sejam principiológicos, sejam processuais, com o intuito de tornar a mediação uma realidade no cenário jurídico brasileiro”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ WATANABE, L. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento dos conflitos de interesses.** Parecer. Disponível em: «ParecerDesKazuoWatanabe.pdf (tjsp.jus.br)» Acesso em 11 de setembro de 2024.

¹⁸⁷ Oportuno destacar os métodos alternativos também alcançaram a Administração Pública, por meio da Lei nº 13.129/2015.

¹⁸⁸ ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas:** perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 125. Armani Alves ainda acrescenta que: “Somam-se a isso as Leis dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Federal e Estadual, e ainda a Lei de Arbitragem. Por fim, com o advento da reforma da LINDB, completou-se o microssistema”.

3.3.2 O Código de Processo Civil de 2015 e os mecanismos consensuais

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou como normas fundamentais a arbitragem e os meios alternativos e consensuais à solução dos conflitos¹⁸⁹, razão pela qual ingressou na “mentalidade do sistema multiportas”¹⁹⁰.

O Código de Processo Civil de 2015, contudo, não pode ser classificado como integrante do sistema multiportas em sentido estrito, como adotado pelo modelo norte-americano, pois em face do *non liquet* não pode o magistrado extinguir o feito e encaminhar a demanda para uma solução alternativa à jurisdição, dentro ou fora da corte, embora a adjudicação judicial seja necessária em pouquíssimos casos no Brasil, e haja atualmente, como dito, o incentivo à consensualidade entre as partes.

Nesse sentido, Paulo Henrique Raiol Ostia afirma que:

[A] multiplicidade de mecanismos de solução de conflito compõe o que se chama de ‘sistema multi-portas’.

Cabe esclarecer que a expressão ‘multi-portas’ tem origem na organização judicial e legal estadunidenses que preveem o tribunal ‘multi-portas’ ou ‘multi- door courthouse’. Essa estrutura judicial, de forma breve, constitui uma série de programas de resolução de litígio instituídos sob uma coordenação geral dentro da competência de determinado tribunal. Para definir o caminho da demanda, realiza-se uma triagem, que definirá o mecanismo que será aplicado ao conflito. Mesmo que a demanda seja encaminhada para a adjudicação estatal, o juiz ainda pode entender que aquela não é a via mais adequada e reencaminhar a demanda a outro mecanismo.

O tribunal ‘multi-portas’ não é aplicado no Brasil em seu sentido estrito. O juiz, pela vedação do *non liquet*, não pode, por exemplo, extinguir o processo e encaminhar o conflito para a mediação, por entender que este é um mecanismo mais adequado que o processo judicial para o caso concreto e se eximir de julgar a questão¹⁹¹.

¹⁸⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Pùblico, inclusive no curso do processo judicial.

¹⁹⁰ OSTIA, P. H. R. **Conciliação e acesso à justiça:** um estudo qualitativo dos centro judiciários de solução de conflitos e cidadania. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 115.

¹⁹¹ OSTIA, P. H. R. **Conciliação e acesso à justiça:** um estudo qualitativo dos centro judiciários de solução de conflitos e cidadania. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 74-75.

No caso brasileiro, a integração ao modelo multiportas decorreria da divisão feita pelo código de processo civil entre conciliação e mediação, sendo que em relação à mediação o termo é mencionado aproximadamente 20 (vinte) vezes, contra nenhuma menção no código processual revogado. Além disso:

[...] há uma melhor integração com a arbitragem, enumerando-a entre os mecanismos de solução de conflito, como já mencionado, e a criação da carta arbitral, facilitando a comunicação entre o juiz estatal e o árbitro ou tribunal arbitral¹⁹².

Sobre as diferenças entre conciliação e mediação e o seu tratamento jurídico na legislação processual, cabe uma análise em tópico específico.

3.3.2.1 A obrigatoriedade da conciliação e da mediação

Como dito, há uma diferença conceitual entre conciliação e mediação no Brasil.

Na conciliação, segundo o § 2º do art. 165 do Código de Processo Civil, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, sendo que ele pode sugerir soluções para o litígio, mas não pode intimidar ou constranger as partes de qualquer modo.

Na mediação, por sua vez, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, sendo que ele pode apenas auxiliar as partes a compreenderem as questões objeto do litígio, cabendo a elas encontrar uma solução consensual para a contenda (art. 165, § 3º do Código Processual).

Semelhantemente ao modelo norte-americano que conecta a solução consensual à estrutura do poder judiciário, o caput do art. 165 do código processual também prevê que “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e

¹⁹² OSTIA, P. H. R. **Conciliação e acesso à justiça:** um estudo qualitativo dos centro judiciários de solução de conflitos e cidadania. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 115.

mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”¹⁹³.

Paulo Henrique Raiol Ostia também ressalta que o código processual de 2015 procura evitar as chamadas conciliações e mediações patológicas, assim como a resolução nº 125/2010 do CNJ, razão pela qual o ato normativo aludido criou um código de ética para conciliadores e mediadores, ao passo que as duas legislações criaram a necessidade de uma capacitação mínima para exercer essas funções, sem prejuízo aos beneficiados¹⁹⁴ (art. 167 do CPC/2015¹⁹⁵).

Nesse contexto, o código processual de 2015 criou a obrigatoriedade da sessão de conciliação e mediação (art. 334 do CPC/2015¹⁹⁶), ressalvados os casos nos quais a solução consensual não for admissível ou quando expressa a manifestação de desinteresse de ambas as partes na aplicação do instrumento consensual.

Como prevê o código processual, a sessão deve ocorrer no início do processo, como uma etapa obrigatória, exceto nos casos que não admitam autocomposição, o que não tem relação com a disponibilidade do direito discutido ou da sua natureza pecuniária¹⁹⁷.

O termo “admitir” também possibilita interpretações amplas, podendo essa obrigatoriedade ser mitigada pelo magistrado, nos casos em que não seja possível aplicá-la, como na hipótese do art. 695 do CPC/2015:

¹⁹³ No Brasil, eles são denominados de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs).

¹⁹⁴ Como afirma Ostia: “[...] Qualidade deve estar sim entre as principais preocupações quando se tem em mente o tratamento adequado de conflitos. Os mecanismos consensuais apresentam um grande leque de técnicas que devem ser conhecidas, dominadas e aplicadas na forma, medida e momento pertinentes. A má técnica ou a má prática pode levar ao escalonamento de um conflito de violência doméstica, por exemplo, ou ainda, cair na barganha de valores, em procedimentos indenizatórios de grandes tragédias com vítimas fatais”. OSTIA, P. H. R. **Conciliação e acesso à justiça:** um estudo qualitativo dos centro judiciários de solução de conflitos e cidadania. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p.117.

¹⁹⁵ Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

¹⁹⁶ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

¹⁹⁷ OSTIA, P. H. R. **Conciliação e acesso à justiça:** um estudo qualitativo dos centro judiciários de solução de conflitos e cidadania. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p.119.

Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694¹⁹⁸.

Quanto à segunda ressalva ao modelo obrigatório da sessão de mediação e conciliação, apesar de a regra prevista no art. 334 do CPC/2015 estabelecer que ela não acontecerá em razão de consenso das partes, basta que no começo da sessão uma delas não demonstre o interesse na solução consensual para que o processo prossiga o seu curso normalmente.

Ademais, o código processual de 2015 fomenta não só os modelos referidos como multiportas, como possibilita a celebração de negociação direta entre as partes, com base no princípio da autonomia privada, tema objeto do tópico seguinte.

3.3.2.2 Negócios processuais atípicos

O art. 190 do Código de Processo Civil permite às partes o estabelecimento de negócios processuais para adequar o curso do processo aos seus interesses, motivo pelo qual podem dispor “acerca do elenco, da ordem e da forma dos atos processuais, bem como modo, lugar e tempo para a realização de cada ato”¹⁹⁹.

Os mencionados artigos da legislação processual permitem às partes amplas possibilidades de alteração da marcha processual, o que tende a flexibilizar o sentido estático e tradicional do contencioso judicial, na linha das normas fundamentais

¹⁹⁸ OSTIA, P. H. R. **Conciliação e acesso à justiça:** um estudo qualitativo dos centro judiciários de solução de conflitos e cidadania. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p.119. Ostia ressalta: “O termo ‘admitir’ utilizado pelo dispositivo, contudo, não tem um conceito estrito, possibilitando interpretações amplas. Ademais, o próprio Código traz algumas disposições que permitem ao magistrado mitigar essa obrigatoriedade. Já em seu início, o parágrafo segundo do artigo terceiro prevê que a solução consensual dos conflitos será promovida pelo Estado ‘sempre que possível’. Em seu artigo 695, está disposto que caberá ao juiz, ao receber a petição inicial, citar o réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, ‘se for o caso’. Desse modo, em alguma medida, a obrigatoriedade passa a estar sujeita ao juízo de conveniência, oportunidade e adequação do julgador”.

¹⁹⁹ PEREZ, A. H. **Negócios jurídicos processuais** – convenções processuais e calendário no CPC/2015. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 97.

preconizadas pelo código processual de 2015, que são a consensualidade e a duração razoável do processo, por exemplo.

Ora, não é justo que no âmbito das relações civis, o Estado, por mais que monopolize o poder jurisdicional, estabeleça como ele deverá ser exercido, o que por vezes pode até dificultar a solução da causa e a pacificação social, uma vez que nem toda causa deve ser resolvida judicialmente com a mesma sequência de atos processuais.

A mesma regra processual, inclusive se aplicada de forma indistinta, pode trazer grave prejuízo a uma determinada relação entre um credor e um devedor habitual, que têm em comum diversas causas diferentes entre si no poder judiciário (nota promissória, cheques, cartões de crédito etc.) e que pretendem resolvê-las todas de um mesmo modo e com a mesma sequência de atos processuais. Nesse sentido, estas partes podem convencionar livremente regras de ônus da prova, ou, ainda, estabelecer que o procedimento siga o rito do juizado especial, se a demanda não for de demasiada complexidade²⁰⁰.

No contexto exposto, o Fórum Permanente de Processualistas Civis já aprovaram diversos Enunciados em matéria de negociação processual, possibilitando, por exemplo: que elas venham a estabelecer sanções para o caso de descumprimento de determinada convenção (enunciado 17); que venham estabelecer mediação ou conciliação extrajudicial obrigatória, que retirem o efeito suspensivo dos recursos, que disponham sobre pacto de impenhorabilidade, que resolvam dividir as despesas processuais, que excluam a etapa obrigatória da sessão de conciliação e mediação, que se comprometam a não fazer execução provisória, que ampliem prazos de qualquer natureza (enunciado 19); que seja feito acordo para a sustentação oral, inclusive sobre a sua duração, o julgamento antecipado convencional de mérito, sobre a matéria da prova (enunciado 21); que seja dispensado a caução para cumprimento provisório da sentença (enunciado 262); que todos os prazos

²⁰⁰ “As partes podem, ainda, determinar convencionalmente a adoção obrigatória desse procedimento, desde que o processo possa ser considerado de menor complexidade nos termos do artigo 3º da Lei n. 9.099/95, ou mesmo excluir essa possibilidade, definindo-se, em caso de conflito, se a ação deverá ser ajuizada nos Juizados Especiais ou se deve seguir o procedimento comum,³³⁴ desde que respeitados os limites expostos no próximo capítulo, dentre os quais que tal convenção não represente um obstáculo injustificável ao acesso à justiça, notadamente quando envolver parte vulnerável.” PEREZ, A. H. **Negócios jurídicos processuais** – convenções processuais e calendário no CPC/2015. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 99.

processuais sejam contados apenas em dias corridos (enunciado 579). É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, como a interrupção ou suspensão do prazo para contestação (enunciado 580), dentre outras inúmeras hipóteses que atendam à principiologia do código processual e à autonomia privada dos negociantes²⁰¹.

Portanto, a celebração de negócios processuais atípicos é uma tendência contemporânea do processo, que, no Brasil, se desenvolve cada vez mais sob autonomia das partes, sem tantas intervenções estatais, a fim de promover a simplificação e desburocratização necessária à resolução dos conflitos de interesses entre as partes e à pacificação social.

3.4 A aplicação da desjudicialização no processo de recuperação

A aplicação dos mecanismos desjudicializadores ao processo de recuperação demonstra que estamos vivendo uma nova fase na resolução da controvérsia relacionada à crise da empresa.

A presente seção pretende mostrar, de maneira breve, o aprimoramento dos institutos nacionais desjudicializadores no campo da insolvência, apontando para as

²⁰¹ Ver Enunciado 17: “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção.” Enunciado 19: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (*pacto de disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.” Enunciado 21: “São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.” Enunciado 262: “É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença.” Enunciado 579: “Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos.” Enunciado 580: “É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, como a interrupção ou suspensão do prazo para contestação.” Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: «FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf (institutodc.com.br)» Acesso em 12 de setembro de 2024.

principais inovações normativas alinhadas com a proposta de justiça multiportas na recuperação de empresas.

3.4.1 As recomendações nº 58/2019 e 112/2021 do CNJ

César Augusto Martins Carnaúba lembra que a Recomendação 58/2019 do CNJ, que recomenda aos órgãos do Poder Judiciário a adoção da mediação nos processos de recuperação de empresas e falências, surgiu em um contexto no qual a mediação passou a adquirir notoriedade como um método alternativo à resolução dessas controvérsias.

Tal contexto seria, nas palavras de Carnaúba, referente à aplicação da mediação no processo de reorganização do “Grupo Oi”, a primeira do direito brasileiro, e de outras empresas, como “Inepar”, “Mservice” e “Saraiva”²⁰², sendo que nesta última o instituto mediador teria sido implementado de forma exitosa²⁰³.

Mesmo antes da introdução da Recomendação nº 58/2019, vale também ressaltar que o STJ, no julgamento do pedido de tutela provisória nº 1.049/RJ, 3^a Turma, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, DJe 13/11/2017²⁰⁴, entendeu que:

[...] na forma do art. 3º da Lei 13.140/2015, o qual disciplina que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, não

²⁰² Nesse sentido, destaca Marcus Carvalho que: “[...] Muito do que se previu na Recomendação 58 teve referência em casos concretos que surgiam no direito brasileiro. A mediação em incidentes de solução de conflitos envolvendo sócios da devedora e com órgãos reguladores, por exemplo, foram questões relevantes na Recuperação Judicial da Oi S.A. 17. Noutros casos de destaque, como nas Recuperações Judiciais da Saraiva S.A. 18- 19, Sete Brasil e Grupo Isolux, a mediação já havia sido adotada para auxiliar na elaboração do plano de recuperação judicial; na recuperação judicial da Superpresa Cia de Transportes Especiais e Intermodais²⁰, por sua vez, foi útil para viabilizar a negociação sobre o cumprimento das obrigações do plano de recuperação judicial”. *In: CARVALHO, Marcus. Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila C. Neder (coord.). Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005.* Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 23.

²⁰³ CARVALHO, Marcus. Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005. *In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila C. Neder (coord.). Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005.* Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 23.

²⁰⁴ STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Pedido de Tutela Provisória (TP) nº 1.049/RJ**, 3^a T., rel. Min. MARCO BUZZI, j. 09.11.2017, publicado em 13.11.2017.

remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência²⁰⁵.

Marcus Carvalho enfatiza que a Recomendação 58/2019 do CNJ representou um passo importante no trato da matéria extrajudicial, pois:

[...] inovou ao privilegiar o uso da mediação extrajudicial, proibir mediação sobre classificação de créditos e prever mecanismos próprios para a indicação e qualificação de mediadores voltados a atuar nos processos de insolvência²⁰⁶.

De fato, com apenas sete artigos em seu texto original, a Recomendação 58/2019 do CNJ pretendeu mudar a cultura da litigiosidade, procurando fortalecer amplamente o uso da mediação na recuperação de empresas no âmbito do Poder Judiciário, sempre que possível, em varas especializadas ou não (art. 1º), cujos efeitos ocorreram desde o momento da publicação do ato normativo (art. 7º), em 22 de outubro de 2019.

A Recomendação nº 58/2019 seria alterada pela Recomendação 112/2021, editada em 22 de outubro de 2021²⁰⁷, pelo CNJ, para se adequar às transformações

²⁰⁵ Segundo também constou no voto: “[...] na forma do art. 3º da Lei n.º 13.140/2015, o qual disciplina ‘que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação’, não remanesce dúvidas sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência. Dessa forma, não se vislumbra, a existência de teratologia ou flagrante ilegalidade nas razões do v. acórdão recorrido, de modo a se permitir a concessão da tutela de urgência requerida, valendo destacar, quanto à temática ora debatida, o Enunciado 45, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que ‘[...] A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em caso de superendividamento, observadas as restrições legais.’ Na mesma linha de entendimento, o escólio doutrinário acerca da matéria sustenta a aplicabilidade dos institutos da mediação e conciliação no bojo da recuperação judicial, verbis: ‘[...] A Lei n.º 11.101/2005 consolidou a cultura de segunda oportunidade - não só envolvendo a recuperação extrajudicial, mas também a possibilidade não vetada de obtenção de pactos para recuperação de créditos e elaboração do plano de recuperação - e há pouco tempo o Brasil acolheu o impacto de uma cultura de solução consensual de conflitos com o marco regulatório da Mediação - Lei n.º 13.140/2015 - e com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105), que a integra o procedimento comum.’ Ver também: SCHMIDT, G. R.; BUMACHAR, J. H. Sistema de Pré-Insolvência Empresarial - mediação e conciliação antecedentes. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution, v. 7, p. 103-118, 2022.

²⁰⁶ CARVALHO, Marcus. Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila C. Neder (coord.). **Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005**. Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 23.

²⁰⁷ Sobre o ponto, Carnaúba ressalta: “[...] A Rec. CNJ nº 58/2019 foi alterada em 20 de outubro de 2021, pela Rec. CNJ nº 112. A motivação para tanto, tratada no capítulo seguinte (infra, capítulo 1.2.3), foi a alteração da LREF pela Lei nº 14.112/2020, que positivou a mediação em processos de recuperação judicial. A Recomendação do CNJ, enquanto ato de hierarquia inferior à da lei, buscou adaptar-se à novel redação. Extirpou-se, da redação da Rec. CNJ nº 58/2019, a previsão da mediação para pactuação acerca de consolidação substancial nos casos em que já houvesse consolidação processual (antigo inc. III do art. 2º), bem como foi eliminada a vedação à mediação para classificação dos créditos (antigo § 1º do art. 2º) – vedação que agora consta do art. 20-B, § 2º da LREF. O antigo artigo 5º, também revogado, previa o incentivo à mediação em qualquer grau de jurisdição (inclusive nos Tribunais Superiores), e apontava que a mediação não implicaria a suspensão ou interrupção dos

da Lei nº 14.112/2020, que disciplinou a mediação no processo de recuperação judicial, da qual passaremos a tratar no tópico seguinte.

3.4.2 As inovações da Lei 14.112/2020

A Lei nº 14.112/2020 alterou diversos dispositivos da Lei de Recuperação Judicial e de Falências (Lei nº 11.101/2005), introduzindo novos conceitos, como a insolvência transnacional, e no caso específico da recuperação extrajudicial, buscou transformá-la em um procedimento mais simples e célere.

Essas alterações são interessantes, pois o estudo da reforma legislativa vai ao encontro dos objetivos desta tese, no sentido de transformar o procedimento da recuperação extrajudicial menos burocrático e eficiente.

Espera-se que a análise desses institutos possa aprimorar a hipótese desta pesquisa no campo da justiça multiportas, possibilitando a sua aplicação no âmbito do tabelionato de notas.

3.4.2.1 Simplificação do procedimento

Originariamente, a Lei nº 11.101/2005 previu duas modalidades de recuperação extrajudicial, conhecidas como facultativa ou meramente homologatória e impositiva ou homologatória por *cram down*.

A recuperação extrajudicial facultativa é uma espécie de acordo pré-concursal, no qual a recuperanda faz um acordo direto com os credores para a renegociação dos

prazos da LREF, salvo deliberação em contrário. Não se tratou, contudo, de uma mudança no entendimento do CNJ: esta previsão, hoje, está contida no art. 20-A da LREF". CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, p. 68.

créditos, sendo submetida a homologação judicial (art. 162²⁰⁸), tornando-se um título executivo judicial, com todas as consequências jurídicas daí advindas.

A recuperação extrajudicial impositiva é também um acordo pré-concursal, no qual a recuperanda negocia apenas com um terço do total dos créditos de cada espécie ou grupo de credores que integram o plano, e no curso do procedimento deve comprovar a adesão de pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos credores, para que a sentença homologatória por *cram down* imponha os termos do acordo aos credores que não fizeram parte do negócio jurídico.

O artigo 163 da Lei nº 14.112/2020 alterou a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência ao permitir que o devedor solicite a homologação de um plano de recuperação extrajudicial. Este plano pode ser assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano.

As alterações da referida lei permitem que acordos sejam firmados com parte dos credores, reduzindo a necessidade de intervenção judicial, acelerando o processo de reestruturação financeira das empresas. Além disso, permitiu a sujeição de créditos de natureza trabalhista e acidentária na recuperação extrajudicial.

E quanto à homologação do plano de recuperação extrajudicial, o juiz ordenará a publicação de edital eletrônico para convocar os credores do devedor para apresentação de suas impugnações.

A exigência anterior era de que o juiz deveria determinar a publicação do edital no diário oficial ou em jornal de grande circulação ou nas localidades da sede e das filiais do devedor para, querendo, impugnar o plano (art. 164). No entanto, o excesso de formalismo, seja por meio físico, seja nos locais das filiais do devedor foi suprimido, por não se adequar mais à realidade tecnológica.

A simplificação do procedimento de recuperação extrajudicial faz com que seja um atrativo para atrair interessados não sua celebração.

As alterações da Lei nº 14.112/2020, apesar de singelas no procedimento, representam um avanço na legislação brasileira, denotando que o regime extrajudicial

²⁰⁸ Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.

desperta atualmente mais a atenção do Estado, a significar que essa modalidade de recuperação possa ser predominante dentro de alguns anos se as empresas encontrarem estímulos positivos para não buscar o poder judiciário para resolução de conflitos de interesses na crise de insolvência empresarial.

3.4.2.2 *Stay period*

Anteriormente à edição da Lei nº 14.112/2020, não era previsto para o procedimento de recuperação extrajudicial a proteção do *stay period*, embora houvesse previsão expressa de suspensão da prescrição de todas as execuções em face do devedor desde o deferimento da recuperação judicial.

Nesse sentido, como afirma Paulo Penalvo Santos:

Embora fosse razoável entender que os credores que não subscreveram o pedido inicial de recuperação extrajudicial, também teriam suspensas suas ações, esse entendimento não era pacífico na doutrina e na jurisprudência²⁰⁹.

Por sua vez, Cybelle Guedes Campos também destaca que antes da Lei nº 14.112/2020 não havia uma previsão expressa a respeito de quanto tempo a suspensão das ações e das execuções movidas contra o devedor durariam²¹⁰, o que causava insegurança jurídica na relação jurídica já conturbada pela crise da empresa.

Esses problemas foram resolvidos pela Lei nº 14.112/2020, que inseriu o § 8º ao art.163, o qual estabeleceu, no âmbito da recuperação extrajudicial, a suspensão das demandas de que trata o §6º do mesmo dispositivo desde o momento do pedido em relação às espécies de crédito por ele abrangidas, prevendo que a providência

²⁰⁹ SANTOS, Paulo P. A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**. Disponível em: «A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**» Acesso em 29 de agosto de 2024.

²¹⁰ CAMPOS, C. G. Possibilidade de prorrogação do stay period na recuperação extrajudicial para além do prazo fixado em lei. **Migalhas**. Disponível em: «https://www.migalhas.com.br/depeso/365316/prorrogacao-do-stay-period-na-recuperacao-extrajudicial» Acesso em 16 de setembro de 2024.

referida deverá ser ratificada pelo juiz se comprovado o quórum inicial exigido pelo § 7º do artigo 163 (ou seja, um terço de todos os créditos de cada espécie)²¹¹.

Ademais, a previsão da proteção legal do *stay period* é de inegável relevância para o processo de recuperação, não sendo um benefício exclusivo ao devedor, pois, como afirma Cybelle Guedes Campos:

A suspensão das ações e execuções individuais com relação aos credores signatários, bem como com relação aos credores dissidentes, é de extrema relevância na medida em que garante que não haja constrição patrimonial até que o devedor consiga atingir o quórum necessário à homologação do pedido de recuperação extrajudicial, assegurando o resultado útil do processo e a preservação da função social da atividade empresarial, sem beneficiamento de nenhum credor sujeito ao respectivo procedimento²¹².

No mesmo sentido, afirma Paulo Penalvo Santos:

A proteção do *stay period* na recuperação extrajudicial é coerente com o sistema, pois o que depende da homologação são os efeitos do plano, que não se confunde com a suspensão das ações, que inclusive é um requisito essencial para que o plano possa ser analisado e homologado.

Caso não houvesse a suspensão das ações, no interregno entre a ajuizamento da recuperação extrajudicial e a decisão homologatória, credores sujeitos ao plano poderiam executir bens do devedor frustrando a eficácia da recuperação, à qual deveriam estar sujeitos²¹³.

Por último, é oportuno ressaltar que a Lei nº 14.112/2020 garantiu a extensão do *stay period* no âmbito da recuperação ao consagrar a regra de que:

[...] a suspensão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis por igual período uma única vez em caráter excepcional, ou seja, desde que o devedor não tenha colaborado com eventual atraso no curso do processo, nos termos do artigo 6º, da lei 11.101/05²¹⁴.

²¹¹ SANTOS, Paulo P. A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**. Disponível em: «A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**». Acesso em 29 de agosto de 2024.

²¹² CAMPOS, C.G. Possibilidade de prorrogação do *stay period* na recuperação extrajudicial para além do prazo fixado em lei. **Migalhas**. Disponível em: «<https://www.migalhas.com.br/depeso/365316/prorrogacao-do-stay-period-na-recuperacao-extrajudicial>». Acesso em 16 de setembro de 2024.

²¹³ SANTOS, Paulo P. A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**. Disponível em: «A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**». Acesso em 29 de agosto de 2024.

²¹⁴ CAMPOS, C.G. Possibilidade de prorrogação do *stay period* na recuperação extrajudicial para além do prazo fixado em lei. **Migalhas**. Disponível em: «<https://www.migalhas.com.br/depeso/365316/prorrogacao-do-stay-period-na-recuperacao-extrajudicial>». Acesso em 16 de setembro de 2024.

3.4.2.3 Segurança jurídica

A Lei nº 14.112/2020 também alterou a Seção da Lei de Recuperação e de Falências, que trata da “ineficácia e da revogação de atos praticados antes da falência”, em especial o art. 129, que dispunha sobre os casos ineficazes em relação à massa falida, decorrente ou não de conhecimento do contratante quanto ao estado de crise econômico-financeira do devedor, relacionados ou não com a intenção de fraudar credores.

Antes da referida reforma, apenas os dispositivos nos incisos I a III e VI do referido artigo 129²¹⁵ que tivessem sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial seriam declarados ineficazes ou revogados.

Esse artigo foi drasticamente alterado pela Lei nº 14.112/2020, que passou a ter a seguinte redação: “Art. 131. Nenhum dos atos referidos nos incisos I, II, III e VI do caput do art. 129 desta Lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial ou extrajudicial será declarado ineficaz ou revogado”.

Segundo Paulo Penalva Santos, o objetivo da reforma foi alterar:

[...] a redação do artigo 131, para afastar a ação revocatória também dos acordos celebrados nos planos de recuperação extrajudicial, pois o texto anterior só impedia a declaração de ineficácia no plano de recuperação judicial²¹⁶.

²¹⁵ Tais situações envolviam: “[...] I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; [...] VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos”.

²¹⁶ SANTOS, Paulo P. A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**. Disponível em: «A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**» Acesso em 29 de agosto de 2024.

Além disso, de acordo com Penalva Santos:

[...] há segurança jurídica para que o acordo extrajudicial possa tratar de dação em pagamento, constituição de direito real em garantia, ou pagamento de dívidas vencidas por qualquer forma distinta da prevista no contrato, cujos atos estarão protegidos de eventual declaração de ineficácia em relação à massa falida²¹⁷.

De fato, o objetivo legal foi garantir maior segurança jurídica também para os acordos celebrados no plano de recuperação extrajudicial, seguindo a tendência contemporânea de incentivar a adoção da modalidade consensual para desafogar o Poder Judiciário da litigiosidade sucessiva e tornar mais prática a solução dos problemas relacionados à insolvência da empresa, por meio da garantia de que as negociações nela estabelecidas estejam protegidas contra ação revocatória.

Dessa forma, não há dúvida de que a proteção contra tais impugnações fortalecem a negociação na recuperação extrajudicial, indo ao encontro dos objetivos desta tese quanto à otimização dos meios alternativos por meio de incentivos legais e estímulos à prática e à procura pelo mecanismo desjudicializador, matéria que será melhor aprofundada na última parte deste estudo.

3.5 A consensualidade no âmbito do processo de recuperação

Este subtópico pretende analisar o cerne dos conflitos de interesses existentes no processo de recuperação de empresas e mostrar como a mediação pode superá-los.

O objetivo desta análise é integrar o estudo desses conflitos e da mediação como instrumento resolutivo à hipótese da presente tese de que o tabelionato de notas pode ser a via adequada e alternativa para a construção de consensualidades na recuperação extrajudicial.

²¹⁷ SANTOS, Paulo P. A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**. Disponível em: «A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**» Acesso em 29 de agosto de 2024.

3.5.1 Interesses conflitantes

A doutrina tem destacado que a crise da empresa encerra um conflito de interesses de natureza multifacetada, em relação ao qual a Lei de Recuperação de Empresas e de Falência procura realizar a acomodação de interesses para cumprir o desiderato de preservação da empresa, nos termos do art. 47²¹⁸:

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

Em certo sentido, pode-se dizer que o processo de recuperação tem também um caráter negocial, pois o legislador está ciente das dificuldades e dos desafios para se estabelecer o consenso diante de tantos interesses que permeiam a crise empresarial.

Mas, a propósito, que interesses seriam estes? Nenhum estudo, certamente, conseguiu, até os dias atuais, precisar quantos e quais seriam esses interesses, que variam em cada doutrina empresarial. Nada obstante, entende-se que o trabalho de Sheila Christina Neder Cerezetti elucida de forma didática o conflito de tais interesses em cinco espécies, quais sejam: a) dos trabalhadores; b) dos credores; c) do devedor; d) dos sócios do devedor; e) do interesse público²¹⁹.

O interesse dos trabalhadores estaria, segundo esta concepção, expresso sob dois enfoques: o monetário e o da proteção dos empregos. Isso porque a legislação falimentar traz explícito no seu art. 54 prazos máximos para pagamento dos créditos trabalhistas, os quais não podem superar a duração de 1 (um) ano (e pode ser estendido por até 2 (dois) anos, segundo as alterações da Lei nº 14.112)²²⁰. Ao lado

²¹⁸ CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, p. 97.

²¹⁹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações:** o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012.

²²⁰ Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial. § 1º. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência) § 2º O prazo estabelecido

disso, residiria também o interesse social na garantia dos postos de trabalho, que, de acordo com Cerezetti, deve levar em conta também os interesses dos grupos acerca dos rumos da empresa²²¹.

O interesse dos credores, segundo Scheila Cerezetti, estaria ligado aos diversos grupos de sujeitos que pleiteiam o pagamento dos seus créditos, mas que nem sempre demonstram as mesmas preocupações, pois enquanto alguns querem a execução de suas garantias, outros preferem a proteção das unidades produtivas da empresa (a exemplo dos fornecedores)²²², e assim por diante. Nada obstante essas divergências, para o Cerezetti, os credores tomam a mais importante da decisão processual: a aprovação do plano viabilizador da recuperação da empresa²²³.

O interesse do devedor, por sua vez, estaria associado aos interesses societários, e não aos interesses do acionista controlador. Embora a legislação brasileira não defina o que seja devedor, Scheila Cerezetti afirma que: “A existência da crise e da tentativa de solucioná-la não deve, portanto, acarretar descuidos das regras societárias que tutelam o interesse social”²²⁴.

O interesse dos sócios, segundo esta perspectiva, estaria ligado às aspirações do sócio credor e não-credor e de sócios controladores e minoritários. Nesses casos, os interesses em jogo tanto poderiam coincidir com interesse dos credores (na hipótese sócios credores) quanto coincidir com a proteção da empresa ou de suas unidades produtivas (sócios não credores). Poderiam, ainda, envolver interesse na gestão ou administração da empresa (controladores), ou em maneiras de interferir de alguma forma nos rumos do negócio (minoritários)²²⁵.

no caput deste artigo poderá ser estendido em até 2 (dois) anos, se o plano de recuperação judicial atender aos seguintes requisitos, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência).

²²¹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações:** o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 220.

²²² Como lembra Carnaúba: “[...] A LREF também protege os interesses de credores não submetidos ao plano de recuperação judicial, como em seu artigo 50, inciso XVIII. 282 Trata-se de clara inspiração no Bankruptcy Code norte-americano e no princípio do best interest of creditors test, segundo o qual a legislação deve garantir que os credores não recebam, na recuperação da empresa, valor menor do que o que receberiam em hipótese de liquidação”. CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, p. 103.

²²³ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações:** o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 221.

²²⁴ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações:** o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 223.

²²⁵ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações:** o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 224 e ss.

Por fim, haveria para Cerezetti o interesse público, social o coletivo na inexistência de quebra da empresa, dado os seus reflexos econômicos negativos e imprevisíveis, pois, como afirma a autora: “Sabe-se que a crise pode ocasionar um efeito sistêmico, alastrando consequências danosas para todo o setor da economia em que atua e, dependendo dos casos, com resultados ainda mais avassaladores”²²⁶.

3.5.2 *Consensus bulding* e mediação

A Lei nº 14.112/2020 inseriu importantes mecanismos alternativos à jurisdição na Lei de Recuperação e de Falências, notadamente, na Seção II-A da legislação referida, que passou a tratar das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial.

O art. 20-A da reforma legal mencionada passou a prever que cabe ao Poder Judiciário estimular a adoção da mediação e da conciliação, estabelecendo que: “deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores” e “[os meios consensuais] não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.”

Os incisos do art. 20-B, por sua vez, estabelece as fases nas quais serão admitidas a conciliação e a mediação, definindo que elas são aplicáveis nos conflitos que envolveram concessionárias e permissionárias, “na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais” (inciso III) e “a hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial” (inciso IV).

²²⁶ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações:** o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 233.

O § 2º do art. 20-B passou a estabelecer as situações nas quais são vedadas a conciliação e a mediação, que estão relacionadas “[...] a natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores”.

O § 1º do mesmo dispositivo trouxe uma previsão interessante sobre as medidas cautelares que podem ser deferidas às empresas em crise:

§ 1º Na hipótese prevista no inciso IV do caput deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

O § 3º do art. 20-B passou também a prever uma hipótese excepcional de suspensão de que trata o citado §1º, definindo que: “Se houver pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, observados os critérios desta Lei, o período de suspensão previsto no § 1º deste artigo será deduzido do período de suspensão previsto no art. 6º desta Lei”.

O art. 20-C da reforma legal de 2020 veio a estabelecer a necessidade de homologação judicial do acordo: “O acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente conforme o disposto no art. 3º desta Lei”²²⁷.

Por fim, o art. 20-D passou a prever que as sessões de mediação ou conciliação poderão ser firmadas por meio virtual, desde que o Tribunal disponha de meios para tanto: “As sessões de conciliação e de mediação de que trata esta Seção poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização”.

²²⁷ O parágrafo único desse dispositivo prevê também que: “Parágrafo único. Requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 (trezentos e sessenta) dias contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual, o credor terá reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito dos procedimentos previstos nesta Seção. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)”

Comentando o aludido processo de consolidação da mediação no Brasil, César Carnaúba afirma que o instituto da mediação precisa realmente refletir a “participação efetiva das partes na construção de um consenso” (*consensus bulding*):

Isso porque, em que pese a existência de uma política pública destinada à promoção de soluções consensuais, aproximá-las do combate ao afogamento dos tribunais reduz sua credibilidade e sua eficiência²²⁸.

De fato, é preciso que a mediação implementada reflita realmente os “interesses das partes na formulação do consenso”. Em que pese isso, não vislumbramos como negativa a circunstância de o discurso de desafogamento do Judiciário está atrelado à ascensão dos meios alternativos como César Carnaúba, pois, como se fez ver nos tópicos anteriores, a origem histórica desses institutos no Brasil esteve associada à exacerbação da litigiosidade e na busca pela pacificação social, não havendo razão jurídica ou social para dissociar tais eventos.

3.5.3 Apontamentos finais sobre o fortalecimento da mediação no âmbito da recuperação brasileira

Do que precede, observa-se que a Lei nº 14.112/2020 alterou substancialmente a Lei de Recuperação e de Falências com o objetivo de adequar o processo de recuperação ao paradigma contemporâneo que reforça a adoção dos procedimentos alternativos à jurisdição.

Em que pese o aludido esforço legal, entendemos que o Brasil precisa dar mais um passo na disciplina da recuperação extrajudicial, a fim de simplificá-la e torná-la atraente àqueles que estão enfrentando a crise da empresa.

Hoje, não há como mais admitir um retrocesso social e jurídico sobre a matéria, que está amplamente consolidada no Direito brasileiro, bem como nas ferramentas conectadas ao Poder Judiciário, como os Cejuscs.

²²⁸ CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023.

Contudo, para que os meios alternativos atinjam realmente o seu escopo social, trazendo celeridade, redução de custos, minimização de incertezas em relação ao resultado, confidencialidade, preservação do relacionamento entre as partes envolvidas, bem como a esperada pacificação social, é preciso fortalecer a ideia da recuperação como um procedimento não necessariamente jurisdicional²²⁹.

O processo de recuperação, como visto, nada mais é do que a administração de interesses privados, com alguma repercussão no interesse coletivo, cuja fiscalização pode ser conduzida por agentes do Estado que não sejam necessariamente os magistrados.

Nesse sentido, entendemos que a mediação, mesmo que sob a regulamentação da Lei nº 14.112/2020, somente atingirá o seu efeito esperado se for retirada a necessidade de homologação judicial do plano da recuperação, algo infelizmente mantido pelo art. 20-C da Lei nº 11.101/2005.

Para enfrentar esse problema, a última parte do presente estudo propõe que a recuperação extrajudicial possa acontecer na esfera do tabelionato de notas, em razão de tal instituição ter características históricas que a aproximam da aspiração social por segurança jurídica e por uma série de qualidades intrínsecas, como estar “sob fiscalização do Poder Judiciário”, que a credenciam como agente imparcial no âmbito da qual poderá tramitar o procedimento de administração dos interesses multifacetados na recuperação de empresas.

²²⁹ SCHMIDT, G. R.; BUMACHAR, J. H. Sistema de Pré-Insolvência Empresarial - mediação e conciliação antecedentes. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution**, v. 7, p. 103-118, 2022.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A FUNÇÃO NOTARIAL

A natureza jurídica da tutela prestada no âmbito do processo de recuperação judicial é objeto de discussões acaloradas na doutrina processual, tendo repercussão direta no atendimento dos objetivos desta tese.

Nesse sentido, os tópicos seguintes buscarão discutir o caráter jurídico do processo de recuperação, examinando a sua natureza contenciosa ou voluntária, o seu caráter bifronte e as implicações dessas classificações para a implementação efetiva dos sistemas multiportas no plano da recuperação de empresas.

4.1 Funções estatais: legislação, administração e jurisdição

As funções estatais, como se sabe, são reflexos dos poderes republicanos (art. 2º da Constituição Federal), constituindo-se como legislativa, administrativa e judiciária, como projeção do Estado moderno de Montesquieu.

A função legislativa cuida da elaboração das leis e outras espécies de atos normativos, em regra, a executiva da gestão da coisa pública, e a judiciária, por fim, realiza o julgamento dos conflitos. Diz-se, em regra, pois cada função acima pode também exercer atividades atípicas. O Legislativo pode eventualmente realizar atividade de julgamento (como no caso de *impeachment*) e de gestão (por meio da administração da respectiva Casa Legislativa, por exemplo). O Executivo pode legislar atípicamente (através da edição de medidas provisórias) e julgar (no âmbito de processos administrativos). O Judiciário pode, em certas situações, legislar (editar regimentos internos) e administrar (os bens que lhe pertencem, gerenciar servidores e membros, exercer de poder de polícia em sessões de audiência etc.).

propósito dessa distinção entre legislação, administração e jurisdição Grinover et al ponderam que:

A preocupação moderna pelos aspectos sociais e políticos do processo e do exercício da jurisdição torna menos importante a tradicional busca da distinção substancial entre a jurisdição e as demais funções do Estado. Pensando nela como poder, vê-se que não passa de uma das possíveis expressões do poder estatal, não sendo um poder distinto ou separado de outros supostos poderes do Estado (o qual é substancialmente uno e não comporta divisões). Mais importante é remontar todas as funções estatais a um denominador comum, como é o poder, do que cuidar de distingui-las. Como função é que, tendo em vista os objetivos do exercício da jurisdição, toma-se possível estremá-la das outras funções estatais.

Ela difere da legislação, porque consiste em pacificar situações conflituais apresentadas ao Estado-juiz, fazendo justiça em casos concretos — seja afirmado imperativamente a preexistente vontade do direito (sentença), seja produzindo os resultados que o obrigado não produziu com sua conduta própria (execução). Quanto à atividade administrativa, não há dúvida de que também através dela o Estado cumpre a lei (e por isso não faltou quem dissesse inexistir diferença ontológica entre a administração e a jurisdição). Mas a diferença entre as duas atividades está em que: a) embora cumpra a lei, tendo-a como limite de sua atividade, o administrador não tem o escopo de atuá-la (o escopo é, diretamente, a realização do bem comum); b) quando a Administração Pública pratica ato que lhe compete, é o próprio Estado que realiza uma atividade relativa a uma relação jurídica de que é parte, faltando portanto o caráter substitutivo; c) os atos administrativos não são definitivos, podendo ser revistos jurisdicionalmente em muitos casos. Acima de tudo, só na jurisdição reside o escopo social magno de pacificar em concreto os conflitos entre pessoas, fazendo justiça na sociedade”²³⁰.

Nesse contexto, pode-se dizer que a jurisdição ostenta natureza pública, constitui uma função estatal moderna, exercida por um terceiro e desinteressado previamente investido em suas funções (princípio do juiz natural), apresentando-se como uma atividade de resolução de conflitos, em caráter substitutivo. Tal substitutividade consubstancia o principal critério diferenciador da jurisdição e da Administração, pois com o exercício da jurisdição há verdadeira substituição da vontade das partes pela vontade do julgador, que, na verdade, atua como aplicador das normas estatais e, como tal, como o próprio Estado.

²³⁰ GRINOVER et al. **Teoria Geral do Processo**. 26^a ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 154-155.

Não pode se deixar de mencionar também que a jurisdição não é apenas uma atividade, como também é um “poder”, um atributo de que dispõe o Estado para a resolução de conflitos, de forma monopolizada, o que não significa, modernamente, concluir pela inadmissibilidade dos meios autocompositivos, uma vez que é sabido que numa democracia os cidadãos também cooperam para a obtenção do bem comum, da paz social e da resolução de conflitos.

Como se disse anteriormente, o modelo multiportas qualifica-se como um sistema no qual o próprio Estado dá às partes a possibilidade de serem protagonistas do processo de solução de conflitos, seja por meios vinculados ao Tribunal ou não, o que em nenhum momento significa que a entidade estatal tenha aberto mão do monopólio da justiça pública.

4.2 Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

Ao par da distinção das funções estatais, há outra diferenciação igualmente relevante dentro do conceito de jurisdição, quanto à sua natureza contenciosa e voluntária.

Diz-se contenciosa a jurisdição voltada à tradicional resolução de conflitos, por meio de um juiz previamente investido em suas funções, de forma imparcial e desinteressada, que vai substituir a vontade das partes, aplicando a norma material ao caso concreto, mediante uma sequência de atos regradas por normas processuais: o processo²³¹.

Já a voluntária, é a jurisdição voltada à administração de interesses privados pela Administração Pública, destinada à prevenção de conflitos. Apesar de ser tida como de natureza privada, é incontestável que para certos atos da vida social o legislador impõe a necessária participação de um órgão público para a sua validade,

²³¹ GRINOVER et al. **Teoria Geral do Processo**. 26^a ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 154-155.

como é o caso da jurisdição voluntária, na qual a aludida tarefa foi entregue ao Poder Judiciário²³².

Segundo Grinover et al, essa atividade de administração de interesses privados é, em geral, confiada ao Judiciário, em razão de determinadas características que possuem os magistrados, como a independência, a idoneidade e a responsabilidade, que os capacitam para gerir adequadamente essas funções de elevada repercussão social²³³.

Fredie Didier Jr destaca que a jurisdição voluntária ou integrativa também possui duas características específicas: a inquisitoriedade e a possibilidade de decisão fundada em equidade. A primeira característica decorreria do princípio inquisitivo, permitindo ao órgão jurisdicional a iniciativa do procedimento, como na arrecadação de bens da herança jacente (art. 738 do CPC) e na convocação para retirada de coisa vaga depositada (art. 746 do CPC). A segunda característica, por seu turno, decorreria da previsão contida no art. 723 do CPC, que possibilita ao órgão jurisdicional uma maior discricionariedade, tanto na condução do processo como na produção da decisão da jurisdição voluntária, ao tornar possível o julgamento por equidade, baseado na proporcionalidade e na razoabilidade²³⁴.

Fredie Didier Jr também acrescenta que a jurisdição voluntária pode ser classificada, na esteira dos trabalhos de Leonardo Greco, em seis espécies: receptícias, probatórias, declaratórias, constitutivas, executórias e tutelares²³⁵.

As receptícias permitiriam à atividade judicial comunicar, documentar e também registrar manifestações de vontade, como no caso das notificações, interpelações e protestos. As probatórias estariam ligadas à produção de uma determinada prova, como no caso da ação de justificação. As declaratórias estariam associadas à declaração de existência ou inexistência de determinada situação jurídica, como no caso da extinção do usufruto (art. 725, VI, do CPC) ou confirmação do testamento particular (art. 735 e ss. do CPC). As constitutivas seriam aquelas situações que dependeriam da concorrência de vontade do juiz para serem criadas, modificadas ou

²³² GRINOVER et al. **Teoria Geral do Processo**. 26^a ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 171.

²³³ GRINOVER et al. **Teoria Geral do Processo**. 26^a ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 172.

²³⁴ DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 225-226.

²³⁵ DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 230.

extintas, como no caso das autorizações, homologações, aprovações, a exemplo da aprovação do estatuto das fundações (art. 764 do CPC) e homologação de transação sobre questão não objeto de demanda judicial (art. 515, §2º, e art. 725, VIII, do CPC). As executórias estariam ligadas ao exercício de determinada atividade judicial que modifica o mundo exterior, a exemplo da alienação de coisas (arts. 725, I, IV e V, 730 do CPC) e a arrecadação de bens dos ausentes (arts. 744 e ss. do CPC). As tutelares, por fim, seriam aquelas situações nas quais a lei assegurou ao Poder Judiciário uma atuação direta para proteger pessoas desamparadas, como no caso dos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que podem ser instaurados *ex officio*²³⁶.

A respeito da jurisdição voluntária ou integrativa, há também que se mencionar a existências de duas correntes antagônicas quanto à sua natureza jurídica: uma que a classifica como sendo uma atividade administrativa e outra que a classifica como sendo uma atividade jurisdicional.

Para aqueles que a classificariam como uma atividade de Administração Pública de interesses privados (corrente administrativista), entendem que ela também poderia ser exercida por órgãos não judiciais, como notários, tabeliães e outros serventuários pertencentes ao foro extrajudicial, para conferir legitimidade aos atos jurídicos, procurando evitar um distanciamento entre interesses públicos e interesses privados²³⁷.

Para outra corrente, a jurisdição voluntária ostentaria verdadeira natureza jurisdicional, pois decorreria da substituição da vontade das partes pela vontade do juiz, agente do Estado que funcionaria como um terceiro imparcial responsável pela aplicação do direito objetivo.

Seja como for, a distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária é de suma importância para o estudo adequado do direito processual, embora, como se disse, o processo contencioso contemporâneo tenha soluções multiportas para os conflitos de interesses, possibilitando às partes uma maior participação na construção da posição consensual.

²³⁶ DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 230.

²³⁷ RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial:** consensualidade e jurisdição. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 142.

4.3 A natureza jurídica da tutela do processo de recuperação

Muito tem se discutido a respeito da natureza jurídica do processo de recuperação, se ele apresenta características de jurisdição contenciosa ou voluntária, ou, ainda, se ele apresentaria uma categoria mista de aspectos materiais e processuais, que torna inútil a divisão clássica contenciosa vs. voluntária.

Este tópico buscará enfrentar esses problemas e firmar um posicionamento específico alinhado com os objetivos gerais deste trabalho, procurando destacar a utilidade da divisão conceitual acima (contenciosa vs. voluntária) e rechaçar a posição bifronte como neutra.

4.3.1 Como atividade jurisdicional

Para uma parcela da doutrina o processo de recuperação teria uma natureza eminentemente jurisdicional.

Otávio Joaquim Rodrigues Filho cita que embora deva se reconhecer a presença da consensualidade no processo de recuperação e a existência ampla de relações consentidas, principalmente quanto ao direito dos credores, não se pode crer que a recuperação, por mais que não apresente características usuais de um litígio, seja qualificada como “administração de interesses privados”²³⁸.

Para ele, o processo de recuperação não envolve apenas a “administração”, tampouco a presença única de “interesses privados”. Há um inegável interesse público e a marcante participação jurisdicional nessa etapa que impede de aceitar a ideia tanto de administração como de gestão de interesses privados. Portanto, seria mais adequado, para o referido autor, apontar que o processo de recuperação é “destituído

²³⁸ RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial: consensualidade e jurisdição**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 149.

de litigiosidade” (processo sem lide), no âmbito da qual se afigura indispensável a “tutela constitutiva necessária” de natureza jurisdicional.

Segundo Otávio Joaquim Rodrigues Filho, tal entendimento decorreria da compreensão, já presente na doutrina italiana de Cornelutti, de que a atividade jurisdicional possui também um “conteúdo preventivo”, isto é, uma atuação que visa evitar “injustiças” e causar “insegurança” às relações sociais²³⁹. Nesse contexto, a litigiosidade não seria um elemento indispensável da atividade jurisdicional, principalmente em sociedades complexas no interior das quais a ingerência estatal estaria presente para garantir a certeza e a prevenção de conflitos de interesses, trazendo garantias para a aplicação do Direito.

Assim, o escopo preventivo e imperativo da atividade jurisdicional caracterizaria o processo de recuperação, nada obstante a presença inegável da consensualidade entre os atores desse procedimento (que não apresentaria, conforme essa visão, a natureza jurídica de uma “lide na concepção carneluttiana” de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida).

Além disso, o autor destaca a característica da “substitutividade” como elemento derradeiro da definição da natureza de “atividade jurisdicional” do processo de recuperação, por ser “[...] a substitutividade da intervenção do Estado, que não atua em seu nome ou no interesse próprio, mas na qualidade de sujeito imparcial”²⁴⁰ e:

[os] relevantes os interesses públicos na manutenção da fonte produtiva de riqueza e geradora de empregos, proporcionados pela preservação de empresas viáveis, para que possam cumprir sua função social e estimular a atividade econômica²⁴¹.

Baseado na doutrina de Girolamo Monteleone, Otávio Joaquim Rodrigues Filho, apesar de jurisdicionalista, entende que essa atividade não precisa ser exercida somente no Judiciário, desde que sejam preservados “funções de conteúdo decisório, desenvolvidos no processo permeado por um sistema de princípios e garantias, de

²³⁹ RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial**: consensualidade e jurisdição. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 149.

²⁴⁰ RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial**: consensualidade e jurisdição. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 150.

²⁴¹ RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial**: consensualidade e jurisdição. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 150.

observância a direitos subjetivos e regras de controle que possibilitem a imparcialidade”²⁴².

4.3.1.1 Como jurisdição contenciosa

Se o processo de recuperação tem natureza de atividade jurisdicional, seria essa atividade de jurisdição contenciosa ou voluntária?

Otávio Joaquim Rodrigues Filho destaca que essa distinção é difícil de ser feita no processo recuperação, uma vez que no aludido processo não está claro “se há ou não lide” ou mesmo “se há contraposição de interesses de forma resistida”, de maneira a considerá-lo como “jurisdição autenticamente contenciosa”, dada as inúmeras formas de “consensualidade” que permeiam a relação processual. Veja-se:

[...] É preciso ter em mente, como já apregoado, que o processo de recuperação judicial, diferentemente dos meios autocompositivos ou mesmo heterocompositivos, representa uma forma mista de solução de controvérsias, que combina, em medidas variáveis no caso concreto, consensualidade e jurisdição, alinhando-se nesse aspecto às legislações concursais de outros países e, em maior abrangência, convergente com a concepção contemporânea de jurisdição, consentânea com a evolução das incessantes alterações socioeconômicas e culturais²⁴³.

Desse modo, se o processo de recuperação não pode ser classificado como autêntica jurisdição contenciosa clássica, por suas características peculiares, poderia ser mesmo assim qualificado como tal, diante da inegável atividade preventiva, substitutiva e imparcial de sua jurisdicionalidade?

Ora, para não ser contencioso, seria preciso que o processo de recuperação não tivesse nenhuma contraposição de interesses de forma resistida. Para ele, contudo, não é esse o fenômeno que se verifica nos processos dessa natureza, principalmente à luz da legislação brasileira, arquitetado a partir das bases do direito de defesa e do contraditório, que sujeita, inclusive, o decreto de falência às situações

²⁴² RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial: consensualidade e jurisdição**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 151.

²⁴³ RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial: consensualidade e jurisdição**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 153.

especificadas na lei, o que não leva a crer que haja um “estado de sujeição” de uma parte em face da outra, por mais que a aprovação do plano esteja submetida à vontade assemblear dos credores em algumas hipóteses.

Nesse sentido, Otávio Joaquim Rodrigues Filho pondera que: “em vista da situação de conflito de interesses, da mesma forma se deva concluir em relação à recuperação judicial prevista na legislação vigente, que congrega posições que se encontram diametralmente contrapostas”²⁴⁴.

Com efeito, para o referido autor, a simples constatação de que há uma parte adversa no âmbito da recuperação, torna o aludido processo cercado de maiores garantias, com maior “formalismo”, com “direitos iguais” entre as partes²⁴⁵ que controvérem no caso, para que nesse ambiente o Judiciário possa assegurar a aplicação do Direito com imparcialidade e segurança e em caráter preventivo²⁴⁶.

Apesar de consistentes os argumentos de Otávio Joaquim em prol do caráter de jurisdição contenciosa da recuperação, há também quem defenda que o processo de recuperação seria uma “jurisdição voluntária”, conforme exposto na sequência.

²⁴⁴ RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial**: consensualidade e jurisdição. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 153.

²⁴⁵ RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial**: consensualidade e jurisdição. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 154.

²⁴⁶ Como lembra Otávio Joaquim Rodrigues Filho: “[...] A pretensão em face de outrem pode ou não gerar a litigiosidade, a depender da resistência apresentada pela parte adversa, mas a simples constatação de que existe parte adversa, deve transformar o processo, cercando-o de maiores garantias, de forma a possibilitar o tratamento igualitário entre as partes diante do Judiciário e garantir solução efetivamente justa. Veja-se que o processo de jurisdição voluntária é menos formal e mais flexível, se comparado aos processos de jurisdição contenciosa; mas se houver resistência diante da pretensão do autor, essa diferença desaparece e a tutela que nele se confere será típica jurisdição contenciosa. Sustentamos que o processo de recuperação judicial, pelo fato de ser um meio de solução de controvérsias que se vale da consensualidade, para que se chegue ao objetivo maior de dar solução à crise da empresa, deve ter características peculiares, que o distinguem dos demais processos contenciosos, mas tal conclusão não implica reconhecer que a atividade judicial nele desenvolvida constitua a chamada jurisdição voluntária. Se visto o conflito como ‘toda pretensão resistida ou toda pretensão insatisfeita’, forçoso constatar a latente contraposição de interesses no processo de recuperação judicial, ainda que haja consenso, justamente porque nele o autor apresenta pretensão que pode ser resistida, porque não trará alterações jurídicas apenas em sua esfera, mas também na esfera jurídica de outros envolvidos. Portanto, com base no estudo realizado sobre as características da atividade desenvolvida no processo, nos objetivos almejados pelo legislador, de maior amplitude que a simples atuação dos interesses privados em causa, bem como da análise dos próprios conceitos possíveis de tutela jurisdicional e de sua concepção contemporânea, chega-se à conclusão de que toda atividade desenvolvida no processo de recuperação judicial, qualquer que seja a solução final, representa verdadeiramente jurisdição contenciosa, ainda que se pense no principal instrumento para atingir os fins do processo, o consenso”. RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial**: consensualidade e jurisdição. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018, p. 154.

4.3.1.2 Como jurisdição voluntária

Fredie Didier Jr, Paulo Sarna Braga e Felipe Vieira Batista qualificam o processo de recuperação como autêntica modalidade de jurisdição voluntária.

Para esses autores, a finalidade do processo de recuperação seria apenas a estruturação de um plano de soerguimento da empresa, visando o agrupamento de vários interesses, em único “instrumento normativo”. Para tanto, segundo tal concepção, a lei brasileira procurou estipular meios à disposição do devedor e do(s) credor(es) para o atingimento da finalidade, para a produção escorreita de efeitos jurídicos entre os agentes²⁴⁷.

Nesse sentido, de acordo com o que afirmam os aludidos autores:

Há, portanto, a livre escolha dos efeitos jurídicos voltados à recuperação da empresa no mundo dos fatos. Nesse contexto, é possível concluir pela caracterização do plano de recuperação judicial como negócio jurídico voltado a obter, por meio do autorregramento da vontade, efeitos jurídicos aptos a viabilizar a preservação da atividade empresarial, encerrando-se ou evitando-se, deste modo, a crise econômico-financeira alegada na petição inicial²⁴⁸.

A particularidade do processo de recuperação, segundo esse entendimento, estaria na expressão da vontade, que seria coletiva e não obtida por meio da manifestação de consentimento de cada um dos afetados. O suporte fático abstrato desse procedimento seria a assembleia de credores, cuja existência estaria direcionada para facilitar todo o agrupamento de interesses em jogo²⁴⁹.

²⁴⁷ DIDIER JR, F. et al. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021, p. 119-142.

²⁴⁸ DIDIER JR, F. et al. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021, p. 131.

²⁴⁹ DIDIER JR, F. et al. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021, p. 131.

Por sua vez, a razão de ser desse suporte fático abstrato seria a sua natureza prática, no intuito de formar um consenso entre a multiplicidade de vontades envolvidas na tomada de decisão de manter ou soerguer a empresa²⁵⁰.

A chave desse processo seria o “princípio majoritário”, através do qual se constitui um “foro único de consenso”. Seria, portanto, na dicção desses autores, que se inspiram em Pontes de Miranda, o processo de recuperação uma espécie de negócio jurídico coletivo, “eis que influi sobre as esferas jurídicas individuais sem que haja unanimidade na formação da vontade”²⁵¹.

Nesse contexto, o processo de recuperação seria de jurisdição voluntária, pois a negociação coletiva consubstanciaria um ato de jurisdição, cuja tarefa estaria restrita à fiscalização e à homologação do plano (art. 59, § 1º, do CPC), para a produção de efeitos em juízo.

Outras razões também explicariam o caráter de jurisdição voluntária da recuperação, segundo esta concepção: a) como a existência de um litígio apenas em caráter “potencial” (disso decorreria o fato de a assembleia de credores ser instituída somente em caso de objeção ao plano de recuperação, conforme o art. 56 da Lei nº 11.101/2005); b) a necessidade de ajuizamento de um “pedido de recuperação”; e c) a necessária integração da vontade regrada dos agentes.

Portanto, para esta corrente, o processo de recuperação – cujas características não difeririam sensivelmente da concepção jurisdicionalista contenciosa – não teria caráter litigioso e sua finalidade seria a formação do negócio coletivo entre os agentes, que deveria ser “fiscalizado” e “homologado” pelo Estado-juiz para ser válido e eficaz judicialmente.

Concordamos integralmente com a corrente de Fredie Didier Jr, Paulo Sarna Braga e Felipe Vieira Batista. Não há como conceber o processo de recuperação como jurisdição contenciosa. A dificuldade encontrada da ausência da litigiosidade não é superada por aqueles que defendem a natureza preventiva da atividade jurisdicional nesses casos. Ora, o caráter da prevenção, historicamente, está atrelado aos

²⁵⁰ DIDIER JR, F. et al. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021, p. 131.

²⁵¹ DIDIER JR, F. et al. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021, p. 132.

pressupostos da jurisdição voluntária. Atribuir-lhe à jurisdição contenciosa não tem sentido algum, pois o lugar jurídico da jurisdição é a resolução dos conflitos, com substitutividade e imperatividade, conforme indicamos no começo desta seção.

Com efeito, a regra no processo de recuperação é a “negociação coletiva”. Embora deva se admitir que existam “divergências de interesses”, tais interesses são ajustados ao longo do procedimento, que confere às partes diversos meios para a obtenção do consenso. Nesse processo dinâmico, ao Estado incumbe apenas a fiscalização e a homologação do acordo celebrado entre os envolvidos.

Por fim, cumpre mencionar, em conformidade com os objetivos desta Tese, que a fiscalização e a homologação dos interesses privados também pode ser feita fora do âmbito da Justiça, como no Tabelionato de Notas, uma vez que a natureza voluntária do instituto abriria margem para que outros agentes de Estado possam dar fé pública aos atos privados e legalmente atuar perante as recuperações extrajudiciais.

4.3.2 O caráter “bifronte” do processo de recuperação

César Augusto Martins Carnaúba salienta que o processo de recuperação também ostenta uma natureza mista ou bifronte, pois abrange tanto a análise do direito material como do processo²⁵².

Assim, sob perspectiva material, a recuperação “pode ser entendida como o bem da vida pretendido pela devedora, cuja concessão é requerida ao juiz e, assim, consiste no pedido da demanda que se desenrola em um processo de recuperação judicial”²⁵³.

²⁵² CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023.

²⁵³ CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, p. 96.

Por natureza processual, segundo tal concepção, a recuperação:

[...] disciplina o complexo conjunto de atos processuais destinados à obtenção do sobredito bem da vida. Há um processo de recuperação judicial, que consiste inclusive em um método de trabalho destinado ao atingimento de certos escopos²⁵⁴.

A concepção traçada por César Carnaúba é digna de nota e interessante, pois busca analisar somente o aspecto material do pedido (a manutenção ou o soerguimento da empresa) e o respectivo aspecto processual (os meios legais para a obtenção do fim pretendido), com a finalidade de rechaçar a importância da divisão jurisdição contenciosa *vs.* jurisdição voluntária. Nas suas palavras:

Não interessa ao objeto deste trabalho, contudo, identificar a natureza desse processo de recuperação judicial. Dentro do sentido processual acima delineado, constata-se certa divergência doutrinária entre aqueles que enxergam na recuperação judicial uma verdadeira jurisdição contenciosa, e aqueles que vislumbram tão somente uma jurisdição voluntária, dada a ausência de lide na clássica acepção carneluttiana. Há, ainda, aqueles que rejeitam o sentido processual, identificando a recuperação judicial como instituto de Direito Econômico ‘pois não se pauta pela ideia de Justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público, ‘caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, de objetivo e de método’²⁵⁵.

Segundo César Carnaúba, a fuga da divisão “jurisdição contenciosa” *vs.* “jurisdição voluntária”, pretendeu, no âmbito de seus escritos: “A inserção da mediação, antecedente ou incidental, [...] em respeito a [...] regras codificadas, igualmente privilegiando a construção do consenso entre as partes em conflito, e com vistas à consecução dos objetivos pretendidos pelo legislador do bem da vida almejado pela devedora”²⁵⁶.

Contudo, embora saibamos da oportuna classificação “bifronte” do processo de recuperação, entendemos que a divisão da recuperação em aspectos “materiais” e “processuais” apenas reforça o caráter de “jurisdição voluntária” do instituto, pois, conforme exposto no tópico antecedente, o elemento material da recuperação, seguindo esta explicação didática proposta, seria a constituição de uma “negociação jurídica coletiva”, a qual, em âmbito processual, se perfectibilizaria por meio da

²⁵⁴ CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, p. 96.

²⁵⁵ CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, p. 97.

²⁵⁶ CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial:** participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023, p. 97.

consagração de um “procedimento regrado”, no âmbito do qual os agentes têm à disposição diversos mecanismos para a “obtenção do fim” almejado.

4.4 Histórico e função social da atividade dos notários

A atividade notarial é de elevada importância social e jurídica, imprescindível à garantia de segurança jurídica às relações sociais, estando atualmente intimamente relacionada aos diversos aspectos da vida em sociedade nos tempos atuais.

Tal atividade, contudo, tem a sua origem incerta na literatura, tendo passado por diversas modificações até atingir o nível desenvolvimento e complexidade do século XXI.

Sem a pretensão de esgotar o tema, esta seção analisará as funções do notariado, o histórico e o relacionamento dessa temática com o objeto da presente pesquisa de doutorado.

4.4.1 Histórico mundial

Para Brandelli, a história do tabelionato de notas se confunde com a própria história do direito e do Estado, estando relacionada à aspiração das pessoas por garantir confiança às relações sociais, notadamente, as de caráter negocial²⁵⁷.

Como lembra Almeida Júnior, “nesse primeiro período da existência da humanidade, era como se bastasse a boa-fé, o respeito à promessa e o testemunho dos particulares, sendo os negócios tão poucos e tão simples”. Além disso, o referido autor destaca que: “o testemunho das assembleias populares, então de fácil alcance

²⁵⁷ BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016.

pela concentração dos grupos que formavam as patrias, as tribus e as cidades, satisfazia as exigencias da vida jurídica”²⁵⁸.

Desse modo, pode-se afirmar com Brandelli que a atividade notarial é essencialmente pré-jurídica, não tem a sua origem no mundo acadêmico²⁵⁹. O referido autor, inclusive, aponta que a origem mais remota do instituto está nos escribas, presente nas civilizações dos egípcios e hebreus²⁶⁰.

Luiz Guilherme Loureira apresenta uma versão distinta desse escorço histórico ao afirmar que a origem remota da atividade notarial é encontrada na alta Idade Média, pois, segundo o autor, a atividade dos escribas e do *tabellions* romanos eram pré-jurídicas, exercidas por agentes que tinham apenas a habilidade de escrever em lugares repletos de analfabetos²⁶¹.

Marilia Reato Silva de Sousa sublinha que a fé pública notarial, tal como conhecida hoje, só foi desenvolvida por volta do século VI, no reinado de Justiniano I, “devidamente regulado e com dignidade e importância no seio da sociedade”²⁶², adquirindo força probatória especial. Antes disso, a fé pública não era intrínseca, dependia de confirmação por testemunhas ou do tabelião²⁶³.

Na idade média a atividade notarial perde força, com o recrudescimento do feudalismo, em sociedades extremamente rurais, pois, no referido modelo de sociedade, o senhor feudal passou também a concentrar a função de dar validade aos atos notariais.

²⁵⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Orgams da fé pública. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. V, 1897, p.7-8. Disponível em: <https://arisppress.wordpress.com/wp-content/uploads/2007/12/orgams-da-fe-publica-rdi.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2024.

²⁵⁹ BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016.

²⁶⁰ BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016.

²⁶¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial**: da atividade e dos documentos notariais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 36-38.

²⁶² SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 59.

²⁶³ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 59.

Nesse sentido, aponta Almeida Júnior que:

O Feudalismo, que se organisára definitivamente no seculo XI, veio contar algum tanto o caracter publico da instituição notarial. Si antigamente existiam alguns actos que não podiam ser validos sem o concurso da suprema autoridade, o regimen feudal instituiu outros mais. A investidura que dava o suzerano ao seu vassallo e a homenagem que este prestava, nada mais era do que um contracto entre dous individuos, o qual estabelecia entre elles uma nova relação; mas, aquelle que dava o feudo, para manter a sua posição, mostrava o novo vassallo dos antigos, provando-lhes que não exigia condições mais onerosas do novo feudo, nem concedia-lhe qualquer favor fora do uso: e, por occasião desta investidura, havia corte plenaria e o vasallo prestava fé e homenagem em presença de um parlamento ou dos Estados do suzerano. Ora, toda a alienação ou mudança de propriedade de um feudo, todo o desmembramento dava lugar a uma nova homenagem e, por consequencia, a uma convocação de vassallos; e mesmo o suzerano fazia-lhes algumas perguntas para saber si tinha sido omittida qualquer condição ou formalidade. Esta assembléa de vassallos, este parecer que davam sobre clausulas ou formalidades da investidura, assemelha-se, quanto á forma, a uma corte senhorial de justiça, de sorte que, confundiram-se logo as idéas, e a alienação total ou parcial de um feudo, ou qualquer outra disposição relativa, tornou-se objecto de transacção judiciaria. E assim, onde os immoveis eram reputados feudos, ou ao menos os feudos eram mais frequentes, qualquer disposição relativa a immoveis era reservada aos tribunaes, aos vassallos ou outros representantes do antigo tribunal, os quaes ou serviam de testemunhas instrumentarias ou pronunciavam uma renuncia, uma cessão, ou outra formula solemne que transferia a propriedade”²⁶⁴.

Tal cenário de enfraquecimento da atividade notarial só mudaria por volta do século XIII, com a Escola de Bologna, na Itália, que resgatou diversos institutos romanos, dentre os quais a função notarial, com o objetivo de melhor organização social, devido ao aumento das instituições governamentais, complexidade do mercado, inovações nos negócios, etc.²⁶⁵, o que proporcionou o exercício da função notarial mais próxima do que temos hoje²⁶⁶.

²⁶⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Orgams da fé pública. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. V, 1897, p.7-8. Disponível em: <https://arisp.wordpress.com/wp-content/uploads/2007/12/orgams-da-fe- publica-rdi.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2024, p. 38.

²⁶⁵ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 61.

²⁶⁶ Nesse sentido, também Brandelli ressalta: “A profissionalização jurídica da função notarial é produto da evolução dessa função, que começou a tomar corpo jurídico-científico com Rolandino Passagerio, na Escola de Bolonha, 8 a partir do século XII. No século XX, a evolução jurídica experimentada após as duas Grandes Guerras, acompanhada pelo surgimento do Estado Social, teve o condão de relativizar a vontade das partes no mundo negocial, passando a permitir, e até mesmo a incentivar, a intervenção estatal na esfera negocial privada, com o intuito de evitar os abusos cometidos em nome da igualdade formal das partes e proteger os hipossuficientes, patrocinando um crescimento econômico

Inspirado nesse modelo, Loureiro indica que o período moderno dispõe de dois sistemas, do *common law* e da *civil law*, ou anglo-saxão e latino, sendo que este último desenvolveu-se aproximadamente a partir do século XIX pelo primado da lei como fonte do Direito. Nesse sistema, que mais interessa ao presente trabalho, “a segurança jurídica baseia-se em mecanismos com autenticidade ou fé pública que decorram da forma jurídica denominada documento público”. Segundo Loureiro, “Certas situações e relações jurídicas, por sua relevância, devem ser acreditadas ou tidas por verdadeiras não só para o Estado, como para os demais membros da sociedade. Para tanto, o Estado delega a determinados agentes públicos o poder de dar fé pública aos negócios jurídicos nos quais intervêm”²⁶⁷.

4.4.2 Histórico brasileiro

Brandelli destaca que Pero Vaz de Caminha foi o primeiro tabelião a ingressar em solo brasileiro, tendo registrado as navegações que resultaram na descoberta de terras americanas, com os registro em mar dos principais acontecimentos deste período, atendendo à formalidade oficial do reino²⁶⁸.

sustentável e preocupando-se com o bem-estar social. Nesse sentido, passou a haver uma intervenção estatal na esfera de negociação privada, ora proibindo certo conteúdo negocial, ora determinando certas cláusulas; ora proibindo a contratação, ora obrigando etc. O tabelião, nesse novo contexto, assume o ápice da sua evolução, passando a ser um profissional do Direito cuja função vai muito além da mera redação negocial. O notário passa a ter a função de receber a manifestação de vontade das partes, qualificar juridicamente esta vontade, rechaçando as ilicitudes que porventura contenha, e instrumentalizando o ato jurídico adequado a dar vazão àquela vontade quando conforme ao ordenamento jurídico, ingressando, para tanto, no mérito obrigacional da vontade manifestada”. BRANDELLI, L. **A função notarial na atualidade.** REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO, v. 80, p. 55-78, 2016.

²⁶⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial:** da atividade e dos documentos notariais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 59.

²⁶⁸ “A prática do primeiro ato notarial no Brasil atribui-se a Pero Vaz de Caminha, escrivão da armada de Pedro Álvares Cabral⁶. Por acaso, Caminha se encontrava na nau Capitania da armada de Cabral, porque havia sido nomeado em 1500, escrivão da feitoria de Calicute na Índia. A carta de Pero Vaz de Caminha é o primeiro documento escrito da história do Brasil e foi redigida a Dom Manuel I (1469-1521). A carta vem datada de 1º de maio de 1500, sendo o local Porto Seguro e se encontra no arquivo nacional da torre do tombo em Lisboa, e, por ter caráter descriptivo, é tida com natureza de ata notarial”. In: KÜMPEL, V. F. Histórico do notariado brasileiro. **Migalhas.** Disponível em: «Histórico do Notariado brasileiro - Migalhas ». Acesso em 19 de outubro de 2024.

Nesse estágio de desenvolvimento, o direito português foi aplicado ao Brasil, sendo que a atividade notária brasileira foi regida pela mesma legislação portuguesa, que à época considerava a função notária como uma atividade que exigia parcós conhecimentos jurídicos²⁶⁹.

A atividade notária no Brasil foi organizada de forma incipiente quando do reinado de D. João III, que resolveu dividir as terras brasileiras em capitâncias hereditárias, no âmbito das quais os donatários, pessoas próximas e amigas do rei, poderiam proceder à nomeação de tabeliães²⁷⁰.

De Sousa, contudo, ressalta que esse modelo fracassou, tendo em 1549 sido criado no Brasil um novo sistema administrativo, com um Governo-Geral, a quem competia as mesmas funções, antes pertencentes aos donatários, como as nomeações de tabeliães, e, em 1822, perdurou a regulamentação dos notários pelas Ordenações Filipinas²⁷¹.

Em 1827, o Brasil passou a estabelecer a necessidade de idoneidade para o cargo dos notários, ao prever: (art. 2º) “todos os officios de Justiça, ou Fazenda, serão conferidos, por títulos de serventias vitalícias, às pessoas, que para eles tenham a necessária idoneidade, e que os sirvam pessoalmente; salvo o acesso regular, que lhes competir por escala nas repartições, em que o houver”.

Apesar da disposição legal ter consagrado a necessária idoneidade para o exercício do cargo, Aliende Ribeiro anota que a atividade notária no Brasil continuou a passar de pai para filho, como decorrência das práticas sociais patrimonialistas, que tiveram reflexos sobre os tabelionatos, o que prejudicou também a prestação de um serviço eficiente²⁷².

²⁶⁹ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 63.

²⁷⁰ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 63.

²⁷¹ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 64.

²⁷² RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29.

Até 1930, a atividade notária, os tabeliões e os oficiais de registro pertenciam ao foro extrajudicial e integravam a organização judiciária, sendo os seus agentes considerados servidores da justiça nada obstante a remuneração por eles recebida fossem as custas. Somente após tal período a atividade passou a ter tratamento autônomo²⁷³.

A autora ressalta que as confusões entre o caráter público e privado da atividade notária permaneceu vigente na ordem brasileira, chegando a Constituição de 1967 a estatizar os serviços dos cartórios, e, em 1982, ter se estabelecido o preenchimento legal das serventias extrajudiciais pelos entes subnacionais, discussões que só findariam com a Constituição de 1988 (com a “privatização”) desses serviços, ao lado da Lei nº 8.935/1996²⁷⁴.

²⁷³ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça:** possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 65.

²⁷⁴ [...] a doutrina de direito administrativo sempre reconheceu notários e registradores como particulares em colaboração com o Poder Público. E destaca os doutrinadores Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diogenes Gasparini. Mas, somente com a nossa Constituição Federal de 1988 isso ficou claro, por meio do art. 236 e parágrafos. Curioso que, a confusão foi tanta entre doutrinadores e legisladores, que chegou a ocorrer no Brasil a estatização dos cartórios, através do art. 206 da Constituição Federal de 1967, depois da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977. Essa emenda não só estatizou os serviços extrajudiciais, como também estabeleceu a sua remuneração exclusivamente com fontes oriundas dos cofres públicos. Contudo, como a lei complementar prevista no artigo emendado nunca chegou a ser editada, essa regra, por falta de regulamento, não chegou a ser aplicada na maioria dos Estados brasileiros, com exceção da Bahia e do Acre. De qualquer maneira, tal disposição não permaneceu válida em nosso ordenamento por muito tempo. Em 1982, através da Emenda 22 à mesma Constituição de 1967, o art. 206 foi novamente alterado e no art. 207 passou a constar o preenchimento das serventias extrajudiciais na forma da legislação dos Estados. Mas, como mencionado anteriormente, foi somente após a promulgação da atual Constituição Federal (art. 236), bem como da edição da Lei Orgânica de Notários e Registradores (Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994), que a “privatização” dos cartórios começou a se tornar efetiva. Foi com a edição da Lei 8.935/1994 as serventias extrajudiciais começaram a se desvincular da estrutura administrativa do Estado, estabelecendo-se o exercício da delegação em caráter privado, bem como o ingresso por meio de concurso público”. In: SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça:** possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 66-67.

4.5 Função do notário

Como se disse, a Constituição de 1988 organizou de forma direta a atividade notária em colaboração à administração pública, dotando tal função de uma importância social e econômica.

Este tópico tratará do regime atual e da natureza jurídica das serventias extrajudiciais, procurando apontar a sua relevância social e econômica no campo do Estado Democrático de Direito.

4.5.1 Regime atual e natureza jurídica

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora em diversas matérias jurídicas, contendo um rol de princípios fundamentais do Estado brasileiro, objetivos a serem alcançados, um rol extenso de direitos fundamentais e sociais, mas também avançou na regulamentação de algumas matérias formalmente constitucionais, como a atividade notária.

Nesse sentido, o artigo 236 do texto constitucional previu que: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

Por sua vez, o § 3º do art. 236 da Constituição estabeleceu a necessidade de concurso público para ingressos em tais atividades: “O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.

O § 1º do mesmo dispositivo também fixou que a regulamentação da atividade, da responsabilidade e da fiscalização ficaria a cargo de lei infraconstitucional, dando a entender que todos esses itens mereciam a atenção do Estado: “Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de

registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário”.

O art. 96, I e II, do atual texto constitucional, também retirou das escrivanias a função de secretaria judicial, estabelecendo que o Poder Judiciário passaria a contar com secretarias próprias: “Compete privativamente aos Tribunais - b - organizar suas secretarias e serviços auxiliares e do juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva” e “II - b - a criação e extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio dos seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores”.

Como ressalta Patrícia Maria F. Lima Machado: “as antigas escravanias hoje são verdadeiras secretarias (órgãos administrativos) inseridas nas varas judiciais, para melhor administrar a prestação jurisdicional, o que lhes confere, e a seus servidores, submissão a todos os princípios públicos cogentes constantes principalmente do art. 37 da CF/88”.

Tal alteração na estrutura das escrivanias judiciais também mudou a natureza jurídica da remuneração dos serviços por elas prestados, pois, se antes eram remunerados por emolumentos, agora são pagos mediante taxas, conforme passou a entender o Supremo Tribunal Federal na ADin nº 948-6. Relator Min. Francisco Rezek. informativo nº 181, de 22.03.00.

Ainda sobre a atividade notária, vale anotar que o referido instituto passou a ser regido, com o advento da Constituição e de seu destacado § 1º do art. 236, disciplinado pela Lei nº 8.935/94.

Essa legislação regulamentou em detalhes os notariados, ressaltando-se, dentre muitos aspectos, os titulares desses serviços, que, de acordo com o art. 5º, seriam: tabeliães de notas, tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos, tabeliães de protesto de títulos, oficiais de registro de imóveis, oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas e oficiais de registro de distribuição.

O art. 14 da mesma legislação impôs os requisitos para ingresso na profissão, que são: habilitação em concurso público de provas e títulos, nacionalidade brasileira, capacidade civil, quitação com as obrigações eleitorais e militares, diploma de bacharel em direito e verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

Vale destacar que o art. 25 da Lei nº 8.935 dispõe que o concurso público para o notariado será de responsabilidade do Poder Judiciário, garantindo-se a participação dos órgãos de fiscalização, indispensáveis à justiça: “Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador”.

O art.6º disciplinou as suas funções, que poderiam ser sintetizadas em formalizar do ponto de vista jurídico a vontade das partes, autenticar fatos e, de acordo com o inciso II desse dispositivo, “intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo”.

De mais a mais, é oportuno ressaltar, na esteira das contribuições de Patrícia Maria F. Lima Machado, que a atividade notária recebem emolumentos integrais (art. 28); são vinculados à previdência social federal (art.40); são equiparados a servidor público; e respondem civil, criminal e administrativamente (arts. 22 a 25 e 32 a 36).

Quanto à natureza jurídica, atualmente se comprehende que as atividades, nas palavras de Roberto Moreira da Silva Filho, “não são prestados pelos órgãos integrantes da administração direta, pela administração indireta ou por meio de concessão ou permissão de serviço público. Os notários e registradores são agentes públicos na modalidade particular em colaboração com o poder público, assim como os concessionários e permissionários.”, prestando um serviço pública de forma indireta, conforme se conclui de leitura do art. 236 da Constituição de 1988²⁷⁵.

²⁷⁵ SILVA FILHO, R. M. da. **A natureza jurídica das serventias extrajudiciais e de seus emolumentos.** Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2017, p. 74.

4.5.2 Função do notário no meio social

Conforme assinalado anteriormente, no princípio a atividade notária era apenas de registro dos fatos. Com o passar do tempo, a atividade adquiriu novas funções sociais, notadamente, em razão da complexidade das civilizações modernas. Essa mudança está atrelada, segundo De Sousa, à multiplicidade dos negócios jurídicos, que passaram a dificultar a participação do juiz em toda e qualquer relação, razão pela qual emergiu “Ao notário - profissional dotado de credibilidade no seio da sociedade e que já atuava como ‘assistente’ do juiz, tendo muito conhecimento sobre os negócios que antes eram submetidos ao crivo judicial - pareceu ser natural a delegação dessa tarefa”²⁷⁶.

Nesse sentido, Leonardo Brandelli destaca que: “a função notarial nasceu redatoria, virou autenticadora, e, finalmente, juridicamente assessora”²⁷⁷. Ou seja, “A complexidade da vida passou a exigir dos notários que pudessem não apenas ouvir e redigir, ainda que com fé pública, mas que pudessem também orientar as partes a respeito do negócio redigido”²⁷⁸.

Marco Antônio Greco Bortz ressalta que a nova função social do notariado passou a ser reconhecida não apenas pelos magistrados, mas por toda a sociedade, o que deu à atividade a fé pública notarial²⁷⁹. Segundo De Sousa, a fé pública notarial garante a presunção de veracidade dos atos praticados pelos notariados, servindo como prova pré-constituída em um conflito envolvendo, por exemplo, um determinado negócio jurídico²⁸⁰.

²⁷⁶ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019.

²⁷⁷ BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016, p. 60.

²⁷⁸ BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016, p. 59.

²⁷⁹ BORTZ, Marco Antonio Greco. A desjudicialização - um fenômeno histórico e global. **Revista de Direito Notarial**, São Paulo, Ano 4, n. 4, p. 75-110, 2009.

²⁸⁰ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 71.

Ao dissertar sobre a função social do notariado, Celso Campilongo designa esta nova fase da atividade com “antiprocessual”, porquanto: “Conhecidas as rotineiras assimetrias econômicas e informacionais entre vendedores e compradores de imóveis, a complexidade dos negócios imobiliários e, principalmente, o perfil socioeconômico e as carências habitacionais da sociedade brasileira, não faz sentido submeter partes geralmente tão desequilibradas à demorada e custosa lide judicial”²⁸¹.

Sousa ressalta que a função social dos contratos também desempenha um impacto dentro da atividade notária, razão pela qual a legislação atual exige a profissionalização jurídica do titular de tal serviço público indireto, para que o notariado saiba intervir adequadamente na celebração dos negócios jurídicos e evite a ocorrência de injustiças contratuais²⁸².

Segundo Brandelli, o notário atua de forma preventiva ao conflito, sob a forma de intervenção, fato que o autor denomina de “profilaxia jurídica”, por ele considerada uma importância social decisiva da função do notariado²⁸³.

Em definitivo, pode-se afirmar que “os deveres de assessoramento das partes e saneamento dos negócios jurídicos são fundamentais para uma prevenção de litígios”²⁸⁴, motivo pelo qual neste ponto reside a função notarial no meio social.

²⁸¹ CAMPILONGO, C. F. **Função social do notariado:** eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22.

²⁸² SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça:** possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 71.

²⁸³ De acordo com Brandelli: “A profilaxia jurídica é muito menos traumática do que o processo, é muito mais barata do que o processo, e pacifica as relações sociais na medida em que previne o conflito de interesses. E, dadas as características de que é dotada a função notarial, o notário é um dos mais importantes agentes de profilaxia jurídica, ao lado da instituição registral”. BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016, p. 61.

²⁸⁴ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça:** possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 75.

4.5.3 Função do notário no meio econômico

A função do notário exerce também uma influência econômica no meio social, sendo este ponto de relevante destaque para a sua implementação como ferramenta econômica, e não apenas de profilaxia jurídica.

Sousa refere que a importância econômica da serventia extrajudicial estaria na redução direta de custos, tanto da transação, como de eventuais litígios²⁸⁵. Fica claro que essa redução se aplica tanto aos agentes privados, que estão dentro do conflito, e ao Estado, que gasta recursos com processos judiciais que poderiam ser evitados.

Ao analisar a questão, inclusive, Celso Campilongo associa a ideologia antiprocessual da atividade notária atual à eficiência econômica, sendo, para o autor, os três princípios modernos das serventias extrajudiciais, justamente, a eficiência econômica, a confiança e a imparcialidade²⁸⁶.

Segundo Campilongo, a atividade notária também teria um aspecto macroeconômico. Para ele, os instrumentos jurídicos podem travar ou incentivar os processos econômicos. Nesse sentido, a expansão da atividade notária, como prevenção de conflitos, serviria como ferramenta de facilitação das transferências econômicas, trazendo benefícios para os agentes do conflito, o Estado e também toda a sociedade²⁸⁷. Assevera o autor:

Os notários atuam por insubstituível e fundamental delegação estatal, formam braço alongado da atuação do Estado. Possuem forma híbrida: de um lado, são agentes públicos; de outro, oferecem suporte essencial ao próprio mercado. O bom funcionamento dos mercados incide em custos. São os custos artificiais da produção e aplicação das regras, da solução dos conflitos e da execução das decisões garantidas pelo direito. A fé pública do documento notarial encerra todos esses elementos. Faz da escritura de venda e compra, da procura ou da ata notarial, por exemplo, instrumentos que não regulam diretamente o mercado, mas o fazem de forma indireta, procedural e que reflete um estágio descentralizado de colaboração e cooperação entre as partes que deles se socorrem. Não se trata de regulação do tipo comando/controle. A estratégia

²⁸⁵ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 80.

²⁸⁶ CAMPILONGO, C. F. **Função social do notariado**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

²⁸⁷ CAMPILONGO, C. F. **Função social do notariado**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

regulatória da atividade notarial é do tipo reflexiva (Teubner) ou responsiva (Selznick e Nonet), ou seja, procura menos comandar ações e mais induzi-las de forma descentralizada, por mecanismos de autorregulação e por práticas e processos para os quais, sob a égide do notário técnico, especializado e imparcial, as próprias partes podem regular e provar a realização de negócios jurídicos²⁸⁸.

Brandelli, por seu turno, ressalta que não há incompatibilidade entre a eficiência econômica buscada pela atividade notária e a segurança jurídica. Na verdade, para o autor, há uma identificação entre esses dois objetivos ou princípios²⁸⁹.

Segundo o autor, tal identificação estaria atrelada à moderna visão da nova economia institucional, pela qual as instituições exercem além das funções normais, também um objetivo econômico. Afirma Brandelli que: “Economicamente, instituições são as regras do jogo, que estabelecem o que podem e o que não podem os agentes econômicos fazer. São as normas que regulam a atividade dos agentes econômicos, conduzindo-os para determinado caminho”²⁹⁰.

A partir dessa perspectiva, a instituição notária exerce um relevante papel econômico, pois se as instituições podem ajudar a diminuir os custos de transação, as serventias extrajudiciais não podem estar excluídas desse processo que pertence naturalmente aos agentes públicos e privados²⁹¹.

Dessa forma, conclui-se que a função notarial no meio econômico e social estão diretamente interligadas, razão pela qual o protagonismo assumido pelas serventias extrajudiciais na atualidade se impõem como instrumentos inegáveis de evolução jurídica e coletiva.

²⁸⁸ CAMPILONGO, C. F. **Função social do notariado:** eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

²⁸⁹ BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016, p. 70.

²⁹⁰ BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016, p. 70.

²⁹¹ BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016, p. 71. O autor segue destacando: “As normas jurídicas a respeito do notariado fazem partes das instituições econômicas. A partir dessas premissas é que devemos seguir caminho para responder economicamente às questões a respeito de se é necessária uma instituição notarial, se ela deve pertencer ao Estado, bem como se o notariado de tipo latino é, ou não, eficiente. Para alguém ir ao mercado, isto é, para que a propriedade circule, há no mundo real a incidência de custos de transação, consistentes nos custos em encontrar a parte com quem contratar, buscar informação a respeito das pessoas e coisas que integram a relação estabelecida, elaborar o contrato, vigiar o cumprimento do contrato, e fazer cumprir o contrato (*enforcement*). Embora no plano teórico possa parecer um problema menor o dos custos de transação, o qual foi levado à economia pela economia institucional, em verdade não o é. Calcula-se que os custos de transação na economia dos Estados Unidos da América correspondam a 45% do PIB.²² Reduzir os custos de transação assim, deve ser um intento de toda sociedade que pretenda ser desenvolvida economicamente”.

4.6 A importância da atividade notária para o modelo multiportas

Como decorrência dessa visão história do serviço notarial, que atualmente adquiriu sentido de assessoria jurídica imparcial e de profilaxia jurídica e de redução de custos de transação, parece claro que as serventias extrajudiciais facilitam o acesso à justiça.

Rafael Gaburro Dadalto ressalta que a função notarial pode contribuir para o sistema multiportas na medida em que desafoga o Poder Judiciário da litigiosidade excessiva e repetitiva, citando, como exemplo, a “realização de inventários, partilhas, separações e divórcios extrajudiciais a partir da edição da Lei 11.441/2007 que em 10 anos de vigência retirou do Poder Judiciário 1,7 milhão de processos e gerou economia de aproximadamente 4 bilhões”²⁹².

Humberto Dalla Bernardina de Pinho lembra que desde a edição da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) a desjudicialização já se apresentava como ferramenta interessante para as situações que não dependiam de decisão judicial para ter eficácia, mas precisavam de intervenção estatal para assegurar segurança jurídica e efeitos *erga omnes* perante terceiros, hipótese que teria sido incorporada nos anos seguintes por outras leis brasileiras e até mesmo pelo Novo Código de Processo Civil²⁹³.

Um exemplo citado pelo autor como legado da desjudicialização é o reconhecimento da paternidade pelo pai de filhos havidos fora do casamento, que até 1992 precisava de reconhecimento judicial para ser viabilizado, mas que com o passar dos anos passou a ser impensável movimentar a máquina judicial para garantir algum tipo de ingerência jurídico-estatal de natureza obrigatória nessa matéria²⁹⁴.

²⁹² DADALTO, R. G. **Desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais e acesso à justiça: análise acerca a (im)possibilidade de tornar obrigatória a via administrativa**. Universidade Federal do Espírito Santo, 2019, p. 67.

²⁹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 193.

²⁹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 193.

Como destaca Rafael Gaburro Dadalto, “a desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais não perde a natureza de intervenção estatal, havendo apenas uma materialização estruturada de forma diversa do processo judicial”²⁹⁵.

Rafael Gaburro Dadalto vai além ao afirmar o fortalecimento do acesso à justiça pela via da atividade notária através dos instrumentos conciliativos, que são inspirados no modelo negocial criado pelo Novo Código de Processo Civil (art. 165), para a redução dos custos decorrentes dos conflitos sociais:

Em decorrência disto, diferente dos demais, e aqui um ponto positivo a favor da prática da mediação e conciliação pelos notários e registradores, por exemplo, é que a crítica feita à justiça conciliativa no sentido de que não serviria para lidar com posições de desequilíbrio entre as partes, a resultar acordos injustos, pode ser minimizada quando exercida por essa categoria de agente público. Isso porque, consoante a citada evolução da função notarial paralelamente à evolução do Estado e do próprio direito e de acordo com o princípio notarial da juridicidade, o tabelião é um assessor jurídico que recebe a vontade das partes e a qualifica em conformidade com o direito, afastando eventuais vícios. Sob esses fundamentos, ele adentra ao mérito do negócio jurídico celebrado, de modo a poder negar acesso a ato notarial que contenha, por exemplo, cláusula abusiva, assim como lhe é permitido intervir para tentar minimizar desigualdades materiais das partes, de forma a fazer ouvir o hipossuficiente, mas, evidentemente, levando em consideração o princípio da imparcialidade (artigos 166 do CPC e 28 da Lei nº 8.935/94). Ademais, sabe-se que a previsão de criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos disposta no artigo 165 do Código de Processo Civil demanda altos investimentos por parte dos tribunais, o que pode dificultar a observância de sua efetividade. Com isso, as serventias extrajudiciais existentes em todos os rincões do país surgem como alternativa estatal plenamente viável à possível dificuldade material de que seja levado à frente o intento do legislador.

Tal perspectiva de adoção das serventias extrajudiciais como instrumento de acesso à justiça também é sublinhado por Priscila Alves Patah:

As serventias extrajudiciais têm sido vistas como uma possibilidade de desjudicialização. Dentre os motivos para tanto, destacam-se: multiplicar as portas de acesso à proteção dos direitos lesados - terceira onda de acesso à justiça preconizada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth; atuam de modo eficiente e adequado; segurança; celeridade; desburocratização; capilaridade das serventias extrajudiciais; descentralização; desafogar o Judiciário; economicidade; maior facilidade em cumprir o que não foi imposto por terceiro; o tabelião é um profissional de Direito, dotado de fé pública, submetido ao princípio da legalidade (entre outros), que recebe

²⁹⁵ DADALTO, R. G. **Desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais e acesso à justiça: análise acerca a (im)possibilidade de tornar obrigatória a via administrativa.** Universidade Federal do Espírito Santo, 2019, p. 70.

delegação do Estado por concurso público de provas e títulos (artigo 236, CF) e é fiscalizado pelo Poder Judiciário e, ainda, é imparcial²⁹⁶.

Sousa, por seu turno, lembra que as serventias extrajudiciais potencializam o acesso à justiça por meio das custas, ressaltando que há uma ideia equivocada de que os seus custos são elevados, o que não é verdade. Para tanto, cita que para um negócio jurídico de R\$ 500.000,00, pela tabela do Estado de São Paulo de 2019, o “custo da escritura seria R\$ 3.747,78 (sendo R\$ 2.231,65 como remuneração para o tabelião e o restante são impostos para o Estado)”²⁹⁷, estando incluído nesse valor “os serviços de informação e assistência jurídica, de verificação dos documentos das partes e do imóvel, de redação do instrumento jurídico adequado e de lavratura de documento dotado de fé pública e presunção de veracidade”²⁹⁸.

Sousa também ilustra que as serventias extrajudiciais já cuidaram de fortalecer o acesso à justiça por meio da Lei nº 11.441/2007, que permitiu a escritura pública para o inventário, a separação e o divórcio nos casos especificados pela lei, citando que “de 2007 a maio de 2019, quase 2,3 milhões de atos relativos à Lei 11.441/07 (em sua grande maioria, inventários) foram praticados pelos notários de todo o Brasil, segundo dados da Censec”²⁹⁹, e por meio do apostilamento de documentos, nos termos do Decreto Legislativo nº 148/2015, que regulamentou a Convenção de Haia, ao permitir a sua legalização perante os cartórios, para posteriormente serem apresentados às autoridades estrangeiras, pois “antes dele, todo documento brasileiro que precisasse ser utilizado no exterior precisava passar por um processo de consularização, em que o consulado atestava a validade do documento no país de origem, para que pudesse ser utilizado com segurança no país destinatário”³⁰⁰.

²⁹⁶ PATAH, Priscila Alves. Separação e divórcio – uma visão atual. Desjudicialização e as serventias extrajudiciais – escrituras públicas de separação e divórcio. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 2, n. 6, p. 1217-1241, 2016. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_1217_1241.pdf> Acesso em 26 de outubro de 2024.

²⁹⁷ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça.** Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 88.

²⁹⁸ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça.** Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 88.

²⁹⁹ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça.** Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 88.

³⁰⁰ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça.** Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 99.

Como se verifica, o avanço da desjudicialização é inegável, até como diretriz estratégica a incorporação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), sendo exemplos desse movimento diversos avanços legislativos, como a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, no Cartório de Notas (Lei nº 11.441/07); a extrajudicialização da regularização fundiária urbana e rural e da usucapião extrajudicial (Lei nº 13.465/17); a ampliação da desjudicialização para os compromissos de compra e venda, procedimento extrajudicial de adjudicação compulsória dos contratos preliminares integralmente quitados e ou rescindidos (Lei nº 14.382/22); o aprimoramento das regras de garantia e da execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, da execução extrajudicial de garantia imobiliária em concurso de credores, do procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, do resgate antecipado de letra financeira (Lei nº 14.711/23); e ainda a conciliação e a mediação antecedente ou incidental aos processos de recuperação judicial de empresas (Lei nº 14.112/2020).

4.7 Controle exercido pelos tribunais e a garantia de segurança jurídica

A atividade de fiscalização dos cartórios é fixada pelo § 1º do art. 236 da Constituição Federal³⁰¹, como ressaltado em linhas anteriores, bem como pelo art. 37 da Lei nº 8.935/1994³⁰².

A fiscalização da atividade notária pelo Poder Judiciário é uma garantia de segurança jurídica para as serventias extrajudiciais, sendo uma particularidade do sistema jurídico brasileiro que reforça a convicção social de confiança dos agentes privados ao acessaram o aludido serviço público.

³⁰¹ Art. 236, § 1º: “Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário”.

³⁰² Art. 37: “A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos artes. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos”.

Vladimir Passos de Freitas destaca que o controle judicial no âmbito dos cartórios ocorre em três camadas, realizado pelo juiz de direito titular da vara, o juiz diretor do foro e, finalmente, pela Corregedoria Geral de Justiça.

Nesse sentido, o controle realizado pelo juiz de direito titular da vara é de fundamental importância, pois, nas palavras de Vladimir Passos de Freitas, “o primeiro corregedor do cartório é, evidentemente, o juiz de direito titular da vara. A ele cabe não só desenvolver as atividades jurisdicionais inerentes ao seu cargo, como também zelar pela correção dos atos e procedimentos cartorários”³⁰³.

Do ponto de vista das funções do juiz diretor do foro, Vladimir Passos de Freitas ressalta que a atribuição judiciária se refere a “tomar quaisquer providências de ordem administrativa, relacionadas com a fiscalização, disciplina e regularidade dos serviços forenses, procedendo, pelo menos anualmente, à inspeção nos cartórios”³⁰⁴.

Com relação às Corregedorias Gerais de Justiça, Vladimir Passos de Freitas elenca que constituem suas atribuições:

[...] orientar os Ofícios Judiciais e Serventias Notariais e de Registros, cuja eficiência ou regularidade esteja comprometida ou cujos métodos de trabalho possam ser aprimorados; auxiliar o corregedor-geral e os juízes-corregedores nas correições ou inspeções a serem realizadas, ou durante sua realização, junto aos Ofícios Judiciais ou Serventias Notariais e de Registros; secretariar ou assessorar as mesmas correições ou inspeções; organizar ou reorganizar fichários e arquivos dos ofícios³⁰⁵.

Desse modo, observa-se a elevada importância conferida ao Poder Judiciário na fiscalização dos cartórios, para garantir a qualidade e a legalidade dos serviços prestados, como observa José Volpato de Souza³⁰⁶. E não poderia ser diferente, pois, como ressalta José Renato Nalini, a Constituição Federal refletiu a vontade da Nação que, de forma correta e com eficiências que outros Poderes não alcançariam,

³⁰³ FREITAS, V. de (org.). **Corregedorias do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 311. Nesse sentido, vale citar também o teor do art. 38 da Lei nº 8.935/1994: “O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços, observados, também, critérios populacionais e sócio econômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística”.

³⁰⁴ FREITAS, V. de (org.). **Corregedorias do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 311.

³⁰⁵ FREITAS, V. de (org.). **Corregedorias do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 311.

³⁰⁶ SOUZA, José Volpato de. **Serventias extrajudiciais**: prática correicional. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2009, p. 12.

entregou ao Poder Judiciário a nobre missão de fiscalizar as serventias extrajudiciais³⁰⁷.

Além dessas camadas mencionadas, vale ainda mencionar que o Conselho Nacional de Justiça, por meio de sua Corregedoria Nacional, tem, por força do art. 103-B, § 4º, III, da Constituição Federal: “a obrigação de controle sobre as serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados. Tudo isso sem prejuízo das competências dos Tribunais Estaduais”³⁰⁸.

Por seu turno, Brandelli destaca que cabe ao Estado-delegante (no caso, ao Judiciário) realizar, sim, a fiscalização anunciada, tendo em vista que, se a função exercida pelos notários e pelos registradores é pública, deve o Estado verificar se que a prestação dos serviços é eficaz³⁰⁹.

A esse respeito, Daniel Freyesleben Caon lembra que no regime brasileiro: “os delegatários têm independência administrativa e organizacional em relação aos serviços que lhe forem delegados, mas o Poder Judiciário é competente para examinar a legalidade dos atos praticados”³¹⁰.

A propósito, Daniel Freyesleben Caon também sublinha que a fiscalização judicial dos cartórios é algo tão consolidado, de forma que “há jurisprudência dos Tribunais superiores no sentido de que os municípios não podem fazer sequer uso de seu poder de polícia, como na exigência de alvará de funcionamento, em relação aos cartórios”³¹¹.

³⁰⁷ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁰⁸ CAON, D. F. **A fiscalização das serventias extrajudiciais em Santa Catarina**: estudo de caso sobre a operacionalização do sistema de correição integrada (SCI) em atenção ao dever de eficiência da administração pública. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, p. 60.

³⁰⁹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

³¹⁰ CAON, D. F. **A fiscalização das serventias extrajudiciais em Santa Catarina**: estudo de caso sobre a operacionalização do sistema de correição integrada (SCI) em atenção ao dever de eficiência da administração pública. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, p. 57.

³¹¹ CAON, D. F. **A fiscalização das serventias extrajudiciais em Santa Catarina**: estudo de caso sobre a operacionalização do sistema de correição integrada (SCI) em atenção ao dever de eficiência da administração pública. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, p. 57.

De fato, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 255.124, fixou o entendimento de que o modelo brasileiro de fiscalização judiciária dos cartórios é legal e adequado, ainda que a execução daquele ocorra de modo privado³¹².

Em consonância com este entendimento, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.151, o STF destacou ainda que: “É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de fiscalização da atividade notarial e de registro a órgão público e ao próprio Poder Judiciário”³¹³.

Por tudo isso, pode-se salientar como de inequívoca relevância a fiscalização dos cartórios pelo Poder Judiciário como um elemento de garantia de segurança jurídica e de confiabilidade dos serviços prestados pelas serventias extrajudiciais.

³¹² STF. Supremo Tribunal Federal. **RE: 255124 RS**, Relator.: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 11/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 08-11-2002 PP-00026 EMENT VOL-02090-05 PP-00887.

³¹³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.151**, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 8-6-2005, publicada no Diário da Justiça de 28-4-2006.

5 FUNDAMENTOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO CONCURSAL OTIMIZADA POR TABELIONATO DE NOTAS NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A presente seção tem a pretensão de apresentar a possibilidade da recuperação extrajudicial tramitar perante o tabelionato de notas. Para isso, inicialmente, será analisado a aplicabilidade dos institutos da mediação, conciliação e da negociação direta no âmbito das serventias.

Em seguida, as vantagens do trâmite da recuperação extrajudicial no âmbito do tabelionato, mencionando as principais questões da ordem notarial brasileira que poderiam aprimorar a recuperação de empresas.

Por fim, será apresentado um esboço de minuta de escritura de recuperação extrajudicial via tabelionato de notas, de projeto de lei com os principais elementos das ideias aqui examinadas, a fim de tornar possível a realização da atividade mediadora e conciliatória antecedente ou incidente à recuperação extrajudicial na seara do tabelionato de notas.

5.1 Elementos da atuação extrajudicial dos cartórios

Hodiernamente, a atividade cartorária constitui um mecanismo imprescindível de resolução dos conflitos na esfera extrajudicial garantindo autenticidade, publicidade e segurança jurídica aos atos que resultam na criação, transferência, modificação ou extinção de direitos, o que tem contribuído para a redução da carga de trabalho do poder judiciário. Essa atividade cartorária é regida por leis e normas específicas e resoluções que garantem a sua legalidade e eficácia.

O Conselho Nacional de Justiça, tem procurado regulamentar cada vez mais a atividade extrajudicial das serventias no intuito de consolidar a atuação do referido foro como um método acessível de solução de conflitos de interesses.

Nesse contexto, o presente tem por objetivo demonstrar como os cartórios já tem atuado eficazmente no âmbito da conciliação e da mediação e da negociação direta para possibilitar a solução dos conflitos fora do âmbito judiciário.

5.1.1 Mediação e conciliação

O provimento nº 67, de 26/03/2018, dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro no Brasil.

Trata-se de importante marco no avanço dos meios alternativos à solução de controvérsias, que retirou as especulações no âmbito acadêmico quanto à atuação dos cartórios nessa seara ao possibilitar a sua implementação no mundo prático.

Tal avanço, representa um importante passo em termos processuais, considerando que, por meio do referido provimento administrativo, o Conselho Nacional de Justiça autorizou a realização desses expedientes (conciliação e mediação), antes exclusivos ao judiciário, na esfera dos cartórios.

A implementação da mediação e da conciliação no âmbito dos cartórios era uma reivindicação doutrinária importante, pois o art. 3º do novo código de processo civil expressamente previu as duas modalidades como métodos consensuais de resolução de conflitos³¹⁴.

Essa reivindicação partia do pressuposto de que os cartórios seriam, por excelência, instâncias históricas, cujas funções e atuações se adequariam ao modelo multiportas do Código de Processo Civil³¹⁵.

³¹⁴ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Pùblico, inclusive no curso do processo judicial”.

³¹⁵ “Depois de todo o exposto sobre histórico, função e atuação dos notários, parece natural que exerçam esse tipo de atividade. Ora, é situação cotidiana em qualquer tabelionato de notas a orientação jurídica e a instrumentalização de atos visando o acordo entre as partes, nada mais natural que os notários passassem a atuar como mediadores e conciliadores”. *In: SOUSA, M. R. de. A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça.* Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 59.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a mediação e a conciliação nos cartórios constitui um marco de atuação do Estado brasileiro na busca pela solução consensual dos conflitos (§ 2º do art. 3º do CPC), com vistas à obtenção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da Constituição Federal).

Segundo De Sousa, o elemento fundamental que criaria condições para a implementação da conciliação e mediação nos cartórios seria o fato de a população brasileira ter confiança nos seus serviços, que historicamente esteve à disposição de praticar a paz social³¹⁶.

Seguindo esse modelo, o CNJ aprovou o Provimento nº 67/2018, que recentemente se encontra atualizado pelo Provimento nº 149/2023, cuja revisão mostra a disposição do Conselho Nacional de Justiça em acompanhar o trajeto das mudanças sociais em perspectiva processual.

Apesar de ser conhecidamente um modelo multiportas, o Brasil não adotou a metodologia estrangeira de transformar a saída extrajudicial como um mecanismo obrigatório de acesso à jurisdição, como dito nos tópicos anteriores. Assim, a conciliação e a mediação nos cartórios são de adoção facultativa pelas partes, conforme prevê o art. 18 do provimento³¹⁷.

A adesão facultativa e escolha do mediador e do conciliador pelas partes não impede o Estado de manter cadastro ativo desses importantes atores na esfera das unidades da Federação, pois o art. 3º do provimento dispõe que:

[...] as corregedorias gerais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios manterão em seu site listagem pública dos serviços notariais e de registro autorizados para os procedimentos de conciliação e de mediação.

Por seu turno, o art. 4º do provimento previu que o procedimento de autorização dos serviços notariais e de registro para a realização de conciliação e de mediação deveria ser regulamentado pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de

³¹⁶ SOUSA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça.** Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019, p. 112.

³¹⁷ “Art. 18. Os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro serão facultativos e deverão observar os requisitos previstos neste Código, sem prejuízo do disposto na Lei n. 13.140/2015”.

Solução de Conflitos (Nupemec) e pelas Corregedorias-gerais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios³¹⁸.

A fiscalização da mediação e da conciliação nos cartórios fica a cargo da Corregedoria-Geral de Justiça e do juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da jurisdição a que estejam vinculados os serviços notariais e de registro (art. 5º)³¹⁹.

Ainda, é importante pontuar que o CNJ só permite a inclusão dos mediadores e conciliadores no cadastro local se forem formados em curso para o desempenho das funções, observadas as diretrizes curriculares estabelecidas no Anexo I da Resolução CNJ n. 125/2010 (art. 22).

Por fim, cumpre pontuar que o art. 6, § 3º, do provimento estabelece que a formação de mediador e conciliador deve ser comprovada a cada dois anos²⁹⁰, sendo que no exercício dessas funções se aplicam as mesmas regras de suspeição e impedimento do julgador, devendo todo o processo ser conduzido com confidencialidade (arts. 23, 24 e 25).

5.1.2 Partes, objeto e procedimento da mediação e da conciliação nos cartórios

O Provimento nº 67, de 26/03/2018, que disciplina a atividade de conciliação e mediação nos cartórios, também regula as partes e objeto dos referidos institutos, no intuito de delimitar o respectivo âmbito de alcance do ato normativo infralegal.

³¹⁸ Art. 4º O processo de autorização dos serviços notariais e de registro para a realização de conciliação e de mediação deverá ser regulamentado pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e pelas corregedorias-gerais de justiça (CGJ) dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios. Parágrafo único. Os serviços notariais e de registro poderão solicitar autorização específica para que o serviço seja prestado, sob supervisão do delegatário, por no máximo cinco escreventes habilitados.

³¹⁹ Art. 5º Os procedimentos de conciliação e de mediação serão fiscalizados pela CGJ e pelo juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da jurisdição a que estejam vinculados os serviços notariais e de registro.

O art. 10 do citado diploma dispõe que poderão participar do procedimento tanto pessoas físicas como jurídicas. No caso de pessoas naturais, a lei exige que a parte seja absolutamente capaz. O mesmo dispositivo prevê que entes despersonalizados podem integrar a conciliação e a mediação, desde que possuam “capacidade postulatória”.

A lei também estabelece ser facultativo a constituição de advogado, conforme dita o art. 11. Contudo, para os entes despersonalizados, figura como essencial a representatividade ocorrer conforme a legislação geral (§ 4º do art. 10). No caso de pessoas físicas a representação pode ser por intermédio de instrumento público ou particular, não importando a formalidade exigida (§ 1º do art. 26). No caso de pessoas jurídicas, a lei impõe que a representação pode se dar por preposto, sem necessidade de vínculo empregatício, interpretação que se aplica também ao empresário individual.

A falta do advogado ou do defensor público suspende o procedimento, não podendo o conciliador ou o mediador seguir o curso normal das atividades sem a devida assistência jurídica adequada (art. 11, parágrafo único).

Quanto ao objeto, a lei possibilita que a conciliação e a mediação recaia sobre todo o conflito ou apenas parte dele, nos casos de direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação (art. 12).

O provimento traz uma interessante previsão no §1º do art. 12 ao prever que nos casos de direitos indisponíveis que admitam transação, o feito deve ser encaminhado ao juízo competente para homologação, na forma do art. 725, VIII, do CPC e do art. 3º, §2º, da Lei n. 13.140/2015. Nessa hipótese, o cartório deve enviar ao juízo competente o termo de conciliação ou de mediação e os documentos que instruíram o procedimento e, posteriormente, em caso de homologação, entregará o termo homologado diretamente às partes (art. 12, § 2º).

No que concerne ao procedimento, prevê o art. 13 do provimento que o pedido de conciliação e mediação pode ser dirigido a qualquer serviço notarial ou de registro, respeitadas as regras de competência contidas no art. 42 do código de processo civil, podendo até mesmo ser formulado de forma conjunta (art. 13, parágrafo único).

O requerimento de conciliação e mediação deve ser formulado sob a modalidade de petição, sendo que tal pedido deve possuir requisitos mínimos, que estão listados nos incisos do art. 14, quais sejam: qualificação do peticionante, como nome, denominação social, endereço, e-mail, número de CPF ou CNPJ, se for o caso; dados suficientes da outra parte de modo a possibilitar o “convite”; indicação de meio idôneo para a notificação da outra parte (ou convidado); narrativa sucinta do convite com a respectiva proposta de acordo; e outras informações relevantes, a critério do requerente.

Nesta etapa inicial, o ato normativo disciplina que os cartórios poderão dispor de formulário-padrão por meio da rede mundial de computadores ao alcance dos usuários. Estabelece, ainda, que nos casos de requerimento na modalidade física, todas as partes terão direito a uma cópia da petição. Por fim, prevê que o peticionante é responsável pela veracidade das informações e dos dados contidos no pedido de conciliação ou mediação (§ 3º do art. 14).

Se for verificada alguma incorreção de dados, o provimento prescreve que será possibilitada a correção em 10 (dez) dias, caso em que será notificado o requerente, preferencialmente pela modalidade eletrônica (art. 15).

Se mesmo assim persistir o erro ou se o requerente não se manifestar no prazo de dez dias, no primeiro caso será rejeitado o pedido de acordo, e no segundo caso haverá o arquivamento da petição (§§ 1º e 2º do art. 15).

Por seu turno, se a peça estiver de acordo com as formalidades legais, o requerente será notificado para recolher os emolumentos referente a uma sessão e 60 (sessenta) minutos de mediação ou conciliação, situação em que será anotado o interesse e será realizada a sessão requerida dentro de ordem cronológica no âmbito do cartório (art. 16).

A notificação da parte requerida será realizada por qualquer meio idôneo de comunicação, devendo ocorrer, de modo preferencial, por meio eletrônico, por carta com aviso de recebimento (AR) ou notificação por oficial de registro de títulos e documentos do domicílio de quem deva recebê-la (art. 19). A notificação por meio eletrônico é isenta de custas, já a notificação por outra modalidade fica a cargo do requerente.

A notificação encaminhada ao requerido ou convidado informará da facultatividade do procedimento e nela constará a concessão de prazo de 10 (dez) dias para o demandado convocar outra sessão na data e horário designada (art. 20), que poderá também ocorrer em comum acordo (art. 20, parágrafo único).

As sessões serão realizadas no âmbito dos cartórios, que deverão dispor de espaço apropriado e reservado para os atos durante o horário de atendimento ao público (art. 21).

Caso nenhuma das partes compareça à sessão acordada, o pedido será arquivado pelo respectivo conciliador ou mediador, excetuando-se apenas nas hipóteses de pluralidade de requerentes ou de requeridos; comparecimento de ao menos duas partes contrárias com o intuito de transigir; e identificação formal da viabilidade de eventual acordo, nos termos do art. 22, § 2º, e incisos do ato normativo.

Por outro lado, obtido o acordo, será lavrado termo de conciliação ou de mediação e as partes presentes assinarão a última folha do termo, rubricando as demais (art. 22).

O art. 23 da legislação prevê que a não realização de acordo não impede que ocorram outras sessões com a mesma finalidade, dispondo que a desistência também pode ser exercida a qualquer momento pelo requerente, desde que realizado por forma escrita (art. 24).

Por sua vez, a desistência será presumida se não houver manifestação do requerente no prazo de 30 (trinta) dias no decorrer do procedimento (art. 24, § 2º), o que denota que o legislador pretendeu que o processo tramitasse rapidamente, sob impulso do peticionante.

Por fim, o Provimento também prevê que o arquivamento do pedido também ocorrerá nos casos de não obtenção do acordo ou de desistência da sessão de conciliação e mediação, estabelecendo que uma síntese dos fatos constará de livro de conciliação e mediação (art. 25).

5.2 Possibilidade de implementação efetiva no âmbito da recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial tem por primazia o respeito a autonomia privada das partes envolvidas, permitindo que as negociações sejam conduzidas diretamente entre o devedor e seus credores, com mínima interferência do poder judiciário. Melhor dizendo, é um processo que permite que uma empresa em dificuldades financeiras possa negociar suas dívidas fora do âmbito judicial, utilizando um plano de reestruturação acordado entre as partes. Isso viabiliza a recuperação da empresa evitando a falência, por ser um procedimento, em tese, mais célere e de menor custo comparada à recuperação judicial.

Por ter menor custo e tempo de tramitação, se apresenta a recuperação extrajudicial como uma alternativa para empresas em dificuldades financeiras que buscam renegociar suas dívidas com os credores e com isso a manutenção de seu negócio.

Sendo um acordo privado entre as partes, em que na elaboração da avença não houve qualquer participação estatal, não se vislumbra impedimentos de ordem jurídica para a sua implementação efetiva no âmbito dos cartórios, especificamente no tabelionato de notas.

De regra, o Ministério Público não é parte obrigatória nos processos de recuperação extrajudicial, diferentemente da recuperação judicial. A recuperação extrajudicial é um processo extrajudicial, ou seja, os termos do acordo não é submetido ao crivo da apreciação do Juiz ou tribunal, e a atuação do Ministério Público, nesse caso, é excepcional, e somente ocorre quando há manifesto interesse público que justifique sua intervenção, como na hipótese de fraudes ou desbaratamento de bens que prejudiquem os credores. Destaca-se, que mesmo na hipótese de tramitação no tabelionato de notas, não haveria óbice a participação do Ministério Público, quando necessário.

Apesar do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal dispor que cabe ao poder judiciário conhecer de qualquer lesão ou ameaça a direito, assegurando o direito de ação, a recuperação extrajudicial, não deve ser um procedimento necessariamente judicializado, até porque, em princípio, não há lesão a direito, e sim a resolução de um conflito pela via da consensualidade.

Não é incomum, processos de recuperação extrajudicial terem uma tramitação prolongada, por ser admitido intervenções e requerimentos que seriam desnecessários e não exigidos pela legislação que dispõe sobre o tema.

Ao examinar uma ação de recuperação extrajudicial em trâmite na unidade judiciária especializada em Vitória, capital do Espírito Santo, pude verificar alguns incidentes, que não seriam cabíveis, como o requerimento de perícia prévia pelo Ministério Público, com base no artigo 51-A, da LRF e a nomeação de Administrador Judicial na forma do artigo 22 do mesmo diploma legal. Referidos mecanismos não se coadunam com a natureza jurídica da recuperação extrajudicial e não há previsão legal para a hipótese, que tem por objetivo a celeridade e menor custo. Todavia, tais pleitos foram analisados por magistrados, que inclusive tinham entendimento diverso, o que ocasionou na demora da prestação jurisdicional, e com isso o acordo feito entre os envolvidos ficou sobrestado por um longo período, o que consequentemente causou repercussão no soerguimento da empresa que já estava em dificuldades financeiras.

Nesse mote, o artigo 75 da LRF, reforça a necessidade de celeridade nos processos que envolvem insolvência empresarial, o que não ocorre na prática, quando o seu trâmite judicial é postergado pelas razões acima expostas.

Como se viu ao longo do trabalho, desde 1945 se verifica uma crescente desjudicialização do procedimento, pois o legislador compreendeu que ele não é exclusivo do Estado-Juiz (v. tópicos 2.3.2.3 e 2.3.2.4), tanto que a vigente Lei nº 11.101/2005 já possibilita – e, inclusive, ampliou na mais recente reforma legal de 2020/2021 (v. tópico 3.4.2) – a recuperação extrajudicial.

Veja-se que, de acordo com o Provimento nº 67 do CNJ, os cartórios constituem apenas um foro no interior do qual o requerente convida a outra parte para uma conciliação ou mediação, cuja participação é aberta às pessoas físicas e jurídicas. Portanto, entendo possível que o acordo entre a empresa em dificuldades financeiras e os credores possa ocorrer nesse espaço, sendo desnecessário a sua homologação pelo Juiz. A recuperação extrajudicial lida com interesses exclusivamente privados, sendo possível de transação entre partes capazes, como estabelece o artigo 104 do Código Civil Brasileiro. A atuação judicial limita-se ao controle de legalidade, quando necessário a homologação do plano, não se justificando medidas não previstas na lei, como perícia prévia ou a nomeação de administrador judicial.

Nesse desiderato, não há óbice de ordem legal à realização de mediação ou conciliação no âmbito da recuperação extrajudicial, pois esse expediente já é adotado largamente, conforme teor das recomendações 58/2019 e 112/2021 do CNJ e do entendimento jurisprudencial no STJ, no âmbito do pedido de tutela provisória nº 1.049/RJ³²⁰, 3^a Turma, relatado pelo Ministro Marco Buzzi, DJe 13/11/2017, no sentido de que:

[...] na forma do art. 3º da Lei 13.140/2015, o qual disciplina que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, não remanesce dúvida sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência³²¹.

³²⁰ STJ, Pedido de Tutela Provisória (TP) nº 1.049/RJ, 3^a T., rel. Min. MARCO BUZZI, j. 09.11.2017, publicado em 13.11.2017.

³²¹ Segundo também constou no voto: “[...] na forma do art. 3º da Lei n.º 13.140/2015, o qual disciplina ‘que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação’, não remanesce dúvida sobre a sua aplicação aos processos de Recuperação Judicial e Falência. Dessa forma, não se vislumbra, a existência de teratologia ou flagrante ilegalidade nas razões do v. acórdão recorrido, de modo a se permitir a concessão da tutela de urgência requerida, valendo destacar, quanto à temática ora debatida, o Enunciado 45, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que ‘[...] A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em caso de superendividamento, observadas as restrições legais.’ Na mesma linha de entendimento, o escólio doutrinário acerca da matéria sustenta a aplicabilidade dos institutos da mediação e conciliação no bojo da recuperação judicial, verbis: [...] A Lei n.º 11.101/2005 consolidou a cultura de segunda oportunidade - não só envolvendo a recuperação extrajudicial, mas também a possibilidade não vetada de obtenção de pactos para recuperação de créditos e elaboração do plano de recuperação - e há pouco tempo o Brasil acolheu o impacto de uma cultura de solução consensual de conflitos com o marco regulatório da Mediação - Lei n.º 13.140/2015 - e com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105), que a integra o procedimento comum.” Ver também: SCHMIDT, G. R.; BUMACHAR, J. H. Sistema de Pré-Insolvência Empresarial - mediação e conciliação antecedentes. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution**, v. 7, p. 103-118, 2022.

É importante registrar também que a mediação já foi utilizada com êxito em processos de recuperação envolvendo um elevado passivo de notório conhecimento público, como no caso do processo de reorganização do “Grupo Oi”, a primeira do direito pátrio, e de outras empresas, como “Inepar”, “Mservice” e “Saraiva”³²², sendo que nesta última o instituto mediador teria sido bem-sucedido³²³.

De fato, a Recomendação 58/2019 do CNJ pretendeu transformar a cultura da litigiosidade empresarial, buscando consolidar o uso da mediação na recuperação de empresas no âmbito do poder judiciário, sempre que possível, em varas especializadas ou não (art. 1º), desde a respectiva publicação de seu texto normativo (art. 7º), em 22 de outubro de 2019.

Assim sendo, não há obstáculo de ordem legal ou constitucional que o procedimento aludido, cuja vigência é de mais de meia década, possa tramitar no âmbito dos cartórios, uma vez que a natureza jurídica da recuperação não é contenciosa. Trata-se de administração de interesses privados, que cuida de um eventual conflito, razão pela qual pode ser conduzido por uma instituição ou entidade sob fiscalização estatal, como no caso dos cartórios, que estão sob vigilância do próprio Poder Judiciário.

Conforme se assinalou anteriormente (v. 4.3.1.2), seguindo os processualistas Freddie Didier Jr, Paulo Sarna Braga e Felipe Vieira Batista, pode-se afirmar que na recuperação há “livre escolha dos efeitos jurídicos voltados à recuperação da empresa no mundo dos fatos. Nesse contexto, é possível concluir pela caracterização do plano

³²² Nesse sentido, destaca Marcus Carvalho que: “[...] Muito do que se previu na Recomendação 58 teve referência em casos concretos que surgiam no direito brasileiro. A mediação em incidentes de solução de conflitos envolvendo sócios da devedora e com órgãos reguladores, por exemplo, foram questões relevantes na Recuperação Judicial da Oi S.A. 17. Noutros casos de destaque, como nas Recuperações Judiciais da Saraiva S.A. 18- 19, Sete Brasil e Grupo Isolux, a mediação já havia sido adotada para auxiliar na elaboração do plano de recuperação judicial; na recuperação judicial da Superpesa Cia de Transportes Especiais e Intermodais²⁰, por sua vez, foi útil para viabilizar a negociação sobre o cumprimento das obrigações do plano de recuperação judicial.” In: CARVALHO, Marcus. *Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005*. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila C. Neder (coord.). **Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005**. Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 23.

³²³ CARVALHO, Marcus. *Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005*. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila C. Neder (coord.). **Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005**. Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 67.

de recuperação judicial como negócio jurídico voltado a obter [...] a preservação da atividade empresarial"³²⁴.

A propósito, sobre o tema, Thiago Cortes Rezende Silveira sustenta a possibilidade de a recuperação extrajudicial ser otimizada por tabelião de protestos como forma de acesso à justiça, ao lembrar que a Lei 12.767/2012 consagrou (art. 1º, parágrafo único) o protesto das certidões de dívida ativa (CDA) dos entes políticos com o fito de recuperar crédito tributário, sendo que o Provimento nº 72/2018, do CNJ, dispôs sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protestos do Brasil, o que daria abertura para se compreender que o passivo empresarial possa ser resolvido também no âmbito dos cartórios, notadamente em processos de recuperação, pois “o tabelião de protesto avocou importante papel antecedente à conciliação e mediação para fomentar a solução extrajudicial do conflito”³²⁵.

Portanto, verifica-se que não há vedação à implementação da recuperação extrajudicial na esfera dos cartórios, motivo pelo qual é possível afirmar que a sua introdução no sistema jurídico é uma questão apenas de vontade política.

5.3 Diálogos com o direito estrangeiro

Neste tópico, buscaremos estabelecer um diálogo entre a tese proposta de recuperação extrajudicial no tabelionato de notas e os institutos reorganizatórios do direito estrangeiro discutidos na segunda seção deste trabalho.

O objetivo é buscar ideias que possam realmente funcionar no âmbito da recuperação extrajudicial dos cartórios (e não incorrer em estrangeirismos), sem

³²⁴ DIDIER JR, F. et al. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021, p. 119-142.

³²⁵ SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. A recuperação extrajudicial realizada por tabelião de protestos como forma de acesso à justiça e aplicação dos direito humanos. **Humanidades & Inovação**, v. 8, p. 214-232, 2021.

prejuízo de também revisitá os temas afetos à recente Lei brasileira nº 14.112/2020 que se apresentam relevantes à discussão.

5.3.1 *Conciliateur* do direito francês

No Direito Francês, predominam os institutos extrajudiciais reorganizatórios do *mandat ad hoc* e *conciliation*. O *mandat ad hoc*, como referido na segunda seção deste trabalho, é uma técnica de negociação, de caráter pré-concursal, no qual o devedor, e somente ele, requer a designação de um *mandataire ad hoc*, cuja nomeação cabe ao Presidente do Tribunal do Comércio. No modelo de mediação e conciliação idealizado nesta pesquisa, e seguindo a normativa do Provimento nº 67 do CNJ, a intervenção judicial deve ser mínima. Isso porque a atividade privada das partes de caráter reorganizatório é para prevenir a existência do conflito. Então, mesmo a nomeação de um terceiro como um *mandat ad hoc*, por um juiz ou órgão colegiado, não seria interessante ao caso brasileiro, considerando que o Provimento nº 67 instituiu, como assinalado, um cadastro ativo de mediadores e conciliadores, nos termos do art. 3º do referido ato normativo:

As corregedorias-gerais de Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos Territórios manterão em seu site listagem pública dos serviços notariais e de registro autorizados para os procedimentos de conciliação e de mediação.

Assim, parece crível que o modelo aqui idealizado tenha algum diálogo com a *conciliation*, que pode ser requerida pelo devedor que demonstrar dificuldade jurídica, econômica ou financeira, não estando em cessação de pagamento (*cessation des paiements*)³²⁶ há mais de 45 (quarenta e cinco) dias e cuja figura do *conciliateur* cabe ao Tribunal de Comércio proceder à nomeação. Nesse desiderato, prevê-se que o *conciliateur* atuará por um período máximo de 5 (cinco) meses (art. L611-6 *Code Commerce*) com a função de propor soluções para resolver a crise empresarial, podendo mediar a negociação com os principais credores. Diferentemente de outros modelos citados na segunda seção, na *conciliation* não há substituição do devedor-

³²⁶ Para tanto, ver o conceito de cessação de pagamentos constante do art. 631-1 do *Code de Commerce*.

empresário na administração ou a suspensão de ações de credores em face da empresa, embora seja possível um requerimento direto do devedor com base nos arts. 1244-1 a 1244-3 do *Code Civil*³²⁷ para ocorrer a suspensão das ações.

No modelo francês, parece ser interessante o prazo de 5 (cinco) meses que cabe ao *conciliateur* para atuar nas suas funções, embora constitua um exagero no caso brasileiro a dependência da nomeação de terceiros – como o Tribunal do Comércio – para providenciar uma simples nomeação. A existência de prazo na atuação pode ser um instrumento de controle efetivo das atribuições do conciliador ou mediador no Brasil, considerando também que é de interesse dos credores a resolução rápida do passivo, tendo em vista os juros e encargos da dívida.

Além disso, a existência de uma duração definida para essa atuação permite ao mercado como um todo ter uma maior previsibilidade do evento reorganizatório extrajudicial, sendo uma baliza para o estabelecimento de novos contratos firmados pela empresa, assunção de novos riscos, endividamentos, constituindo um importante vetor para a segurança jurídica e a calculabilidade inerente à vida negocial.

A lei brasileira não possui um prazo específico para a duração da conciliação e a mediação nos cartórios, nem para o exercício dos mediadores ou conciliadores. Nem mesmo a Lei nº 11.101/2005, com as alterações recentes no instituto da recuperação extrajudicial, possui um prazo específico para o trâmite dessa negociação. Mas, é evidente que a mora na negociação também pode ser uma causa de litigiosidade, pois a recuperação extrajudicial não deve ser uma moratória ou um expediente criado pelo devedor apenas para retardar o cumprimento das obrigações assumidas.

Assim, parece adequado o estabelecimento do prazo mínimo de 1 (um) ano para a conclusão de uma negociação no âmbito dos cartórios, pois tal prazo equivale à metade do período admitido pela lei brasileira para que o devedor em cessação de pagamentos possa solicitar a recuperação extrajudicial conforme o art. 161, § 3º, da Lei nº 11.101/2005: “O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido

³²⁷ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016.

recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos”.

Ademais, apresenta-se como aconselhável seguir o modelo francês no que concerne à atuação ativa do conciliador perante os principais credores. Nesse sentido, o conceito de mediação e conciliação, previsto nos §§ 2º e 3º parecem não se adequar à realidade empresarial, uma vez que na conciliação se supõe, de maneira preferencial, que o conciliador atue propondo soluções nos casos onde não houver vínculo anterior entre as partes. Porém, é sabido que a relação entre credor e devedor é íntima ao contrato. De toda forma, como a lei usa a denominação “preferencialmente”, parece não haver óbice à implementação da mediação ou da conciliação, conforme amplamente citado por este trabalho.

5.3.2 *Stay period* do direito estadunidense

O direito estadunidense contempla como modalidade extrajudicial de reorganização o *prepackaged bankruptcy*, consubstanciada na possibilidade de o devedor confeccionar e negociar o plano de recuperação diretamente com os credores, obtendo ou a aprovação da proposta antes de ingressar com a ação pela Chapter 11 (*reorganization*), ou uma pré-aprovação junto aos credores, formalizando apenas a ação judicial para conferir alguma espécie de efeito jurídico (*erga omnes*) ao referido acordo. Nos dois casos o devedor se beneficia de um *automatic stay* (suspensão de direitos, ações ou execuções dos credores), podendo iniciar a demanda judicial em uma etapa avançada do procedimento já com a aquisição do benefício da suspensão³²⁸.

O Direito brasileiro não consagra um evento amplo de suspensão sob a forma extrajudicial como o *automatic stay*, pois a Lei nº 11.101/2005, mesmo com as modificações atuais, disciplina o art. 161, § 4º, que: “O pedido de homologação do

³²⁸ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016.

plano de recuperação extrajudicial não acarretará suspensão de direitos, ações ou execuções, nem a impossibilidade do pedido de decretação de falência pelos credores não sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial”.

Trata-se da adoção de um conceito excludente de *stay period*, no âmbito do qual os efeitos da suspensão abrangem somente os integrantes do acordo. É relevante anotar que o critério dessa suspensão realmente segue a natureza jurídica privada da relação entre credores e devedores no âmbito da recuperação, algo que é defendido nesta tese. É fato também admitir que foram eles que se envolveram em um potencial conflito de natureza obrigacional e pertence a eles o protagonismo na solução de eventual divergência.

Ao Estado compete apenas, como se realçou em diversas partes do presente trabalho, a “administração” ou a “fiscalização” dessa atividade privada de negócio extrajudicial, que, inclusive, pode ser celebrada nas dependências do cartório. Contudo, é de se admitir também que a recuperação é um evento cujos efeitos pode irradiar no campo social e econômico, principalmente naqueles casos nos quais a empresa possui inegável inserção no mercado e é capaz de manter vários postos de trabalho, como aconteceu no caso da “Oi” e da “Saraiva”.

Nesse sentido, embora não haja prejuízo à aplicação de todo o regimento da recuperação extrajudicial no âmbito dos cartórios, é de todo relevante possibilitar que as partes, e principalmente o devedor, possa requerer judicialmente a extensão do *stay period* a todos os devedores, até como medida incentivadora do evento desjudicializador na recuperação de empresas, assim como ocorre no citado modelo francês (arts. 1244-1 a 1244-3 do Code Civil).

Como se viu, a *conciliation* francesa não possui o evento da *automatic stay*, mas é possível que o devedor ou empresário possa requerer a sua implementação ao tribunal. Tal medida deve ser admitida também no caso brasileiro, embora deva ser aceita como “exceção”, pois compreende-se que a extensão dos efeitos do *stay period* a todo o passivo empresarial possa cumprir um relevante papel social ao forçar às partes a um diálogo no âmbito do cartório; e esse pedido não pode ser deferido automaticamente pela lei (*automatic stay*), e nem pode ser requerido diretamente ao conciliador ou ao mediador, pois esses atores não possuem a função de “dizer o direito”, função que pelo sistema de justiça pátrio pertence aos juízes, que têm o atributo da jurisdição. Ademais, parece adequado também afirmar que a extensão, e

somente a extensão, possa constituir uma matéria complexa que requeira a atuação judicial, a fim de verificar a necessidade de extensão dos efeitos mediante uma dilação probatória ou uma petição pré-constituída de provas do direito líquido e certo afirmado com a necessária intervenção ministerial como fiscal da ordem jurídica.

Tal premissa, aqui defendida, foi fortalecida no âmbito da mediação e da conciliação da recuperação de empresas, pois o recentíssimo § 1º do art. 20-B, acrescentado pela Lei nº 14.112/2020, possibilita a obtenção de tutela de urgência cautelar para a suspensão das execuções movidas contra a empresa em recuperação pelo prazo de 60 (sessenta) dias³²⁹, na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial (art. 20-A, IV, da Lei nº 11.101/2005).

5.3.3 Aproximação com o *acuerdo preventivo* extrajudicial do Direito Argentino

No âmbito extrajudicial argentino há o instituto do *acuerdo preventivo* extrajudicial (arts. 69 a 76 do LCQ), como assinalado na segunda seção deste estudo. A sua homologação pode ser requerida por qualquer devedor “*en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general*” (art. 69)³³⁰. Portanto, trata-se de um modelo extrajudicial com a necessária participação judicial mediante homologação.

³²⁹ § 1º Na hipótese prevista no inciso IV do caput deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

³³⁰ Artigo 69 – item 8. Disponível em: «Ley 24.522 (rpba.gov.ar) » Acesso em 16 de agosto de 2024. Tradução livre: “em situação de incumprimento ou de dificuldades económicas ou financeiras gerais”.

O modelo homologatório também é adotado no Brasil na recuperação extrajudicial prevista pela Lei nº 11.101/2005, conforme prevê o § 3º do art. 161 da aludida lei.

Todavia, o modelo argentino possui duas peculiaridades importantes, pois o *acuerdo preventivo* extrajudicial, uma vez homologado e publicado o edital, gera a suspensão de todas as demandas e ações em face do devedor, consubstanciando um verdadeiro *automatic stay* quanto ao exercício de pretensões judiciais em face do devedor, o que não é admitido no formato brasileiro. Uma segunda peculiaridade gira em torno da possibilidade de manutenção do acordo mesmo diante da ausência de homologação, pois a falta de uma decisão homologatória não afasta os efeitos do acordo mantido entre aqueles que a subscreveram³³¹.

A manutenção do acordo mesmo nas hipóteses de não homologação parece ser uma medida importante no cenário dos métodos alternativos à solução dos conflitos de interesses empresariais, pois confere um peso maior ao evento negociado do que ao evento imposto por decisão do Estado-Juiz. Ora, nada mais justo dar às partes o protagonismo para resolver o potencial conflito e apenas garantir à instituição estatal a administração e a fiscalização do negócio jurídico. Não há fundamento jurídico relevante para se impedir o estabelecimento do acordo em sua completude somente pela falta da decisão homologatória, considerando que as obrigações assumidas são de interesse direto das partes, e, sobretudo, da empresa, que está em reorganização.

Por esse motivo, afigura-se razoável ao legislador brasileiro acompanhar o modelo argentino, consagrando em previsão legal expressa a possibilidade de acordo mesmo nos casos de não homologação. A propósito, tal é a finalidade para a qual a mediação e a conciliação são criadas, para garantir a predominância do interesse das partes, apenas com a colaboração de terceiro, que irá propor soluções (conciliador) ou ajudar os conflitantes a entender as circunstâncias e a importância da medida consensual (mediador) para a tutela dos direitos em disputa (art. 165, §§ 2º e 3 do CPC).

³³¹ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016.

Indo além, defende-se na presente tese, inclusive, a não homologação como regra dos acordos celebrados entre devedores e credores. Isso porque, como dito, a relação em questão é de natureza privada e não é de jurisdição contenciosa (v. 4.3.1.2). Além disso, é preciso garantir uma externalidade positiva à resolução consensual dos conflitos mediante incentivos legais.

A implementação de uma solução mediada ou conciliada de recuperação de empresas sem a homologação judicial também não significará que a recuperação possa ocorrer na ilegalidade, pois deve ser garantida vista dos autos de recuperação em cartórios ao Ministério Público, que é o fiscal da ordem jurídica e do regime democrático (art. 129 da CF) e que pode provocar a atuação judiciária em caso de abuso de direito ou desvio à lei com a presença de interesse público primário (Recomendação nº 34/2016 do CNMP).

Por fim, como estatui o próprio texto do Provimento nº 67, a homologação se mostra necessária naqueles casos envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis (art. 12, § 1º), situação que se aplicará, por exemplo, na conciliação ou mediação de créditos tributários na recuperação de empresas, e também nas hipóteses já vedadas pela legislação no evento extrajudicial, como na conciliação e na mediação sobre a “natureza jurídica e a classificação de créditos, bem como sobre critérios de votação em assembleia-geral de credores” (art. 20-B, § 2º).

5.4 A recuperação extrajudicial e seu aprimoramento a partir da experiência histórica brasileira

No final da segunda seção deste estudo, fizemos um apanhado histórico do Direito Concursal e falimentar brasileiro, dando destaque para as principais controvérsias dos institutos criados ou que foram modificados com o passar dos anos.

Nesse sentido, o presente tópico tem por finalidade recuperar algumas das discussões constantes no mencionado tópico, a fim de dar uma contribuição direta à recuperação extrajudicial no âmbito dos tabelionatos de notas, através de uma reflexão histórica da própria experiência nacional.

Tal reflexão implica analisar como poderiam ser revistos alguns dos institutos observados na recuperação extrajudicial, sobretudo, no âmbito dos cartórios, como a aprovação do plano de recuperação, a (des)necessidade da atividade judicial homologatória e a paridade de armas na conciliação e na mediação do tabelionato de notas.

5.4.1 Aprovação do plano de recuperação

A aprovação do plano de recuperação constitui um evento importante da fase extrajudicial da recuperação de empresas, pois é nesse momento que, garantido o consenso de interesses conflitantes de credores e devedores, há a possibilidade efetiva de reorganização e soerguimento empresarial.

Como visto, o direito estrangeiro trata dessa matéria de modo particular. O *prepackaged bankruptcy* estadunidense, por exemplo, permite que o devedor confeccione e negocie o plano de recuperação diretamente com os credores, obtendo ou a aprovação da proposta antes de ingressar com a ação pela *Chapter 11 (reorganization)*, ou, ainda, uma pré-aprovação junto aos credores, formalizando apenas a ação judicial para conferir efeitos ao trato negocial.

O sistema extrajudicial francês do *mandat ad hoc* e *conciliation*, embora admita a nomeação de agentes que colaborem na negociação em geral e na formulação de acordos mediante intervenção do Presidente do Tribunal do Comércio (no primeiro caso) e do tribunal (no segundo caso), neste (ou seja, na *conciliation*), a homologação judicial do plano empresarial aparece como um evento totalmente facultativo, podendo assumir uma forma “discreta” ou “pública” de acordo com os interesses do devedor, desde que se demonstre a inexistência de cessação de pagamento ou a sua resolução decorrente da *conciliation* (art. 1.611-8, I e art. 1.611-8, II³³² do *Code de Commerce*).

³³² NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016.

O direito português, que trata do processo de revitalização no CIRE, previsto no Capítulo II, dispõe que após a solicitação do procedimento extrajudicial pelo devedor, é nomeado um administrador provisório pelo juiz, e após concluídas as fases de negociação, o julgador tem o poder de decidir ou não pela homologação, e, inclusive, decretar o estado de insolvência (v. 3.2.3).

O sistema argentino também requer a aprovação do plano por homologação, que pode ser requerida por qualquer devedor “*en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general*” (art. 69)³³³, possuindo uma vantagem interessante (mencionada no tópico anterior) quanto à possibilidade de o acordo permanecer vigente entre os respectivos subscritores mesmo nos casos de não homologação judicial³³⁴.

O sistema concursal brasileiro, como mencionado, tem uma evolução relativamente recente, que data da segunda metade do século XX e começo do século XXI. A aprovação do plano de recuperação passou por um amadurecimento, mas ainda possui resquícios dos institutos passados. Hoje, não há mais a chamada “verificação dos créditos”, antes contida no Decreto-Lei nº 7.661/1945. Contudo, na recuperação extrajudicial hodierna deve ficar clara a exposição da situação patrimonial do devedor, as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, bem como os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, e a relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, com a origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente (art. 163, § 6º e incisos). Tudo sob participação judicial – uma marca indelével do excesso de intervenção estatal nos negócios privados.

A propósito, constata-se a participação judicial na intimação dos credores para a impugnação do plano de recuperação extrajudicial, nos termos do art. 164 da Lei nº 11.101/2005. A mediação e a conciliação nada detalha acerca do plano de

³³³ Artigo 69 – item 8. Disponível em: «Ley 24.522 (rpba.gov.ar)» Acesso em 16 de agosto de 2024. Tradução livre: “em situação de incumprimento ou de dificuldades económicas ou financeiras gerais”.

³³⁴ NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016, p. 159-160.

recuperação, dando a entender que existe apenas o acordo, que, uma vez firmado, deve também passar por homologação judicial (art. 20-C).

Parece claro, portanto, que mesmo em trâmite no cartório, não se deva abrir para verificação ou nomeação de terceiros, como uma espécie de administrador ou contador as contas do devedor, devendo prevalecer o acordo entre as partes, como prevê o art. 20-C da Lei nº 11.101/2005.

Embora pareça óbvio afirmar que o procedimento de mediação e conciliação dos cartórios deva seguir a sistemática do art. 20-C e não da recuperação extrajudicial da Lei nº 11.101/2005, alguns críticos poderiam imaginar que o modelo proposto nesta tese, por afastar a necessidade de homologação judicial, necessita de um “firme controle externo” para analisar a viabilidade do plano de recuperação. Entretanto, pondera-se que a efetiva desjudicialização da recuperação somente ocorrerá com a compreensão de que a matéria é – como exaustivamente ressaltado – uma matéria de predominância jurídica privada, de jurisdição não contenciosa, cuja fiscalização pode ser feita – em todo caso – como qualquer ato jurídico, pelo controle das partes, pelo controle de qualquer um do povo e, institucionalmente, pelo Ministério Público.

Vê-se, apenas a título de ilustração, que os modelos estadunidense, francês e argentino atuais parecem ter captado essa importante lição da aprovação do plano e conferido privilégio ou peso maior ao acordo, acima de qualquer consideração fiscalizatória. O art. 20-C da Lei nº 11.101/2005, com redação dada pela Lei nº 14.112/2020, seguiu esse rumo e merece ser mantida numa eventual implementação da recuperação extrajudicial – por conciliação ou mediação – no âmbito dos cartórios.

5.4.2 Flexibilização da atuação judicial

A recuperação de empresas brasileiras é marcada pela presença judicial em várias de suas etapas. Historicamente, a referida intervenção foi objeto de crítica, ainda na segunda metade do século passado, por Fábio Konder Comparato, conforme se anotou no tópico 2.3.2.3 deste estudo.

A recuperação extrajudicial atual não abandonou as suas raízes históricas, pois o procedimento apresenta um caráter judicializado, com diversas previsões legais detalhando a homologação ou a não homologação do plano (v. 2.3.2.4 e 2.3.2.4.2), sendo que o procedimento estabelece até mesmo a existência do “recurso cível de apelação” (art. 164, § 7º), a abertura de edital (art. 164, *caput*), afigurando-se flexível apenas na hipótese para a “modificação do valor ou da forma de pagamento” (art. 165, § 1º), semelhantemente ao modelo francês (v. 2.2.2).

Pode-se afirmar que apenas em 2020, com o advento da Lei nº 14.112, que alterou a Lei de Recuperação de Empresas e de Falências, houve uma flexibilização da intervenção judicial no âmbito da conciliação e da mediação antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, com a exclusão de excessivos detalhamentos legais a respeito do acordo, mas o art. 20-C da referida reforma legal manteve a exigência de homologação para que a conciliação ou mediação produza efeitos jurídicos.

É oportuno ressaltar que a homologação judicial – conforme registrado em outras linhas deste trabalho – é um detalhe dispensável na recuperação de empresas. Seu emprego decorre unicamente de o instituto está aprisionado às referidas raízes históricas de um Estado interventor na vida social. Não há fundamento jurídico para a manutenção da homologação judicial na esfera da recuperação, tanto que essa participação só diminuiu nas últimas décadas. Além disso, hipótese de que a homologação seria relevante para efeito de verificação da legalidade do ato ou para conferir efeitos jurídicos perante terceiros não se sustenta diante do caráter privado do instituto, conforme adverte autores como Freddie Didier Jr. Em outras palavras, a recuperação envolve tão somente a “administração de interesses privados”, em “potencial conflito”, que pode ser objeto de intervenção de terceiro imparcial – no caso, conciliador ou mediador – no âmbito de outro foro que não necessariamente o judicial, mas ainda assim estatal.

Vale dizer, a inclusão de mais uma etapa de homologação apenas transforma a análise desses acordos em um “rito de passagem” no Judiciário. Não há nenhum número específico, nem mesmo do CNJ, dando conta de quantos feitos não são homologados. E, em geral, se tal fosse o destino da maioria desses processos, alguma notícia, ou algum estudo, ou alguma proposta de modificação teria sido encaminhada nesse sentido. Isso significa que a homologação é uma regra que parece resolver um

problema, mas na verdade é apenas uma alteração superficial. Vale dizer que o próprio juiz a quem caberia a homologação não poderia se recusar a tal ato, e por outro lado estaria em uma posição de aceitar o que foi acordado entre as partes, não possuindo o magistrado outros meios de checar a validade ou veracidade do que foi exposto ou de insurgimento. Um instituto falido sem nenhuma importância prática, ou sequer dotado de fundamentação teórica relevante. Em resumo, a sua existência está debitada somente às razões históricas.

No caso brasileiro, viu-se que a homologação tampouco se configura como exceção, e sim como “regra”. Mesmo os casos de exceção não são equivalentes ao direito norte-americano, do direito francês, do direito português ou do direito argentino. Embora nesses países a homologação ainda exista, não é uma tônica absoluta. E, embora a Lei nº 11.101/2005 tenha passado pela mais recente alteração para incluir a conciliação e a mediação de recuperação de empresas, este ponto não foi superado.

É preciso colocar um ponto final nessa matéria, considerando os mais recentes avanços do sistema multiportas em outros campos do direito brasileiro, principalmente no âmbito penal e direito sancionador, nos quais hoje se admite os chamados Acordos de Não Persecução, apesar de abandonada pela Suprema Corte – era instalar foros de acordo entre as partes fora dos muros do Poder Judiciário. Veja- se que, se mesmo nesses casos punitivos a legislação previu a existência de acordo, limitando demasiadamente a participação judicial, não há porque manter a homologação como uma etapa necessária, nem mesmo para limitá-la a “casos excepcionais”, no âmbito da recuperação de empresas.

Como registro dos institutos estrangeiros, uma interessante possibilidade a ser implementada no cenário jurídico nacional seria a homologação facultativa desses acordos de recuperação, como no modelo francês, no qual a confidencialidade fosse a regra – considerando o caráter eminentemente privado na matéria, e que o interesse na homologação pública fosse de iniciativa das partes, e não uma “imposição de Direito Público”, pois o formalismo do sistema, que pretende ser tradicionalmente “judicializado”, dificulta a implementação efetiva de um sistema multiportas.

5.4.3 O fim do dualismo pendular a que se refere Fábio Konder Comparato

Em fragmento desta tese, mencionou-se que, Fábio Konder Comparato afirmou que o direito concursal vivia uma espécie de “dualismo pendular”, caracterizado pela mudança das legislações, que ora pendiam em defesa do devedor, e ora em defesa do credor.

Ao nos referirmos a recente legislação concursal portuguesa, fizemos questão de afirmar que o sistema luso, regulado pelo Código de Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE, é pro-credor, conforme se nota das suas disposições iniciais (v. 2.2.3)³³⁵. Quanto ao sistema francês, também conferimos destaque as suas reformas, que supostamente “reequilibraram” mais os interesses creditórios.

Parece ser uma tônica de algumas legislações, aliás, o fato de se ter regulado um sistema reorganizatório que ora privilegia a recuperação dos créditos em detrimento da recuperação da empresa, e vice-versa. Isso porque, cada legislação, via de regra, sofre influência de vários fatores de ordem política, econômica e social, que naturalmente condicionam o objetivo da edição da lei: aumentar a solvência, enfrentar crises econômicas, evitar fraudes, etc.

A Lei nº 11.101/2005, conforme também se analisou nesta tese, procurou equilibrar os interesses da empresa e de seus credores, o que não significa afirmar que o referido equilíbrio possa se concretizar em cada conflito, pois o processo de recuperação pode se desenvolver de diversas maneiras, com um plano de recuperação que nem sempre é favorável à empresa, nem aos credores. Nem sempre, o próprio juiz ou o administrador terão controle dessas contingências.

³³⁵ Conforme os itens 3 e 6 do referido ato normativo: “3 – O objectivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores. [...] Sendo a garantia comum dos créditos o patrimônio do devedor, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia, e é por essa via que, seguramente, melhor se satisfaz o interesse público da preservação do bom funcionamento do mercado.” e “6 – [...] Fugindo da errônea ideia afirmada na actual lei, quanto a suposta prevalência da via da recuperação da empresa, o modelo adoptado pelo novo Código explicita, assim, desde o seu início, que é sempre a vontade dos credores a que comanda todo o processo. [...] Aos credores compete decidir se o pagamento se obterá por meio de liquidação integral do patrimônio do devedor, nos termos do regime disposto neste Código ou nos de que constem de um plano de insolvência que venham a aprovar, ou através da manutenção da actividade e reestruturação da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, nos moldes também constantes de um plano”. – Itens 3 e 6 do Decreto-Lei nº 53/2004. Disponível em: «Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de março | DR (diariodarepublica.pt)» Acesso em 16 de agosto de 2024.

Assim, a autocomposição se afigura como um legítimo método de solução do potencial conflito entre devedor e credor no âmbito da recuperação de empresas, que conta ainda com um adicional que é a salvaguarda dos “interesses empresariais”, ou da “manutenção da empresa” no mercado competitivo.

Conforme salientamos nos tópicos 3.3 e 3.4 deste estudo, a recuperação é hoje um procedimento desjudicializado, baseado no modelo multiportas que ingressou no sistema brasileiro (*multidoor courthouse system*), no intuito de “desprocessualizar”, “desburocratizar” e “simplificar” as relações jurídicas conflituosas.

Portanto, nada mais justo do que conferir as partes o protagonismo para a solução da controvérsia, sobretudo ao se considerar que a recuperação não é um procedimento necessariamente judicial. Trata-se de uma matéria privada, com alguma repercussão no interesse público ou coletivo, que não impede o acesso às vias extrajudiciais pelas partes para resolver o eventual conflito de interesses, como nos cartórios de tabelionato de notas.

Portanto, no sentido aqui defendido, a desjudicialização pode ser um caminho para o enfrentamento do dualismo pendular a que se refere Fábio Konder Comparato, mas não no sentido de que esta iniciativa transformará a “ideologia legislativa” correspondente à lei concursal em algo absolutamente neutro, mas no sentido de que o método autocompositivo poderá blindar ou até mesmo diminuir os efeitos da intervenção estatal, seja na esfera judicial ou legislativa.

No caso desta tese, defende-se que os tabelionatos de notas constituem a experiência adequada para a desjudicialização da recuperação de empresas, tendo em vista as inúmeras vantagens deste sistema, como se verá adiante.

5.5 Tabelionato de notas *versus* tabelionato de protestos

Dentre as diferenças importantes existentes no âmbito dos cartórios, destaca-se a distinção entre tabelionato de notas e tabelionato de protestos.

O art. 236 da Constituição Federal disciplina de forma genérica que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. No caso brasileiro, Eliane Blaskesi ressalta que embora o tabelionato de notas seja considerado mais antigo, não conta com uma disciplina própria, sendo regulamentado pela Lei dos Notários e Registradores (Lei 8.935/1994), pelo Código Civil e pelas normas das Corregedorias Estaduais de Justiça, além de estarem submetidos à fiscalização do Conselho Nacional de Justiça, nos termos do artigo 103-B, § 4º, III, da Constituição Federal³³⁶.

O Tabelionato de Protestos, diferentemente, é regulado por lei específica, no caso, a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Além disso, os serviços extrajudiciais, sejam de notas ou protestos, são regulados pelos provimentos produzidos pelas Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, aos quais, de acordo com Eliane Blaskesi, devem ser respeitados, sob pena de, nas correições regularmente feitas, os oficiais sofrerem penalizações³³⁷.

Vale lembrar que a atribuição dos serviços de tabelionato de notas e de protestos são distintas entre si, cabendo registrar também que há diferenças entre cada serviço notarial ou registral, cujas as atribuições são inegavelmente específicas. Nessa perspectiva, o tabelionato de notas é a serventia cuja atribuição está mais voltada para o reconhecimento de firma, autenticação de documentos, lavratura de escrituras públicas, compra e venda, escrituras declaratórias, escrituras, etc.

³³⁶ Dispõe o texto constitucional: “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.” BLASKESI, Eliane. Cartórios: competência dos serviços notariais e registrais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518- 4862, Teresina, ano 24, n. 5694, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68267>. Acesso em: 01 fev. 2025.

³³⁷ BLASKESI, Eliane. Cartórios: competência dos serviços notariais e registrais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5694, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68267>. Acesso em: 01 fev. 2025.

Eliane Blaskesi destaca que há atos praticados pelo tabelião cuja atividade não fica arquivada no cartório, e outros que são necessariamente arquivados/documentados na serventia. A autenticação de documento, que é a comparação do formato original com a fotocópia, com a declaração entregue imediatamente à parte seria um exemplo de ato não arquivado. Outro exemplo seria o reconhecimento de firma, consubstanciado no ato pelo qual o tabelião atesta a firma constante de documento particular ao fazer a conferência com o padrão depositado no tabelionato³³⁸.

Há ainda inúmeros atos cuja forma pública prescrita em lei exige a participação do tabelionato de notas. Eliane Blaskesi sublinha, por exemplo, que em muitos negócios jurídicos a procuração precisa ser lavrada em cartório, como no caso da procuração com poderes para compra e venda de imóveis, procuração para assinar escritura pública de divórcio, procuração do analfabeto etc., assim como a revogação da própria procuração e inúmeros outros atos de inegável relevância jurídica³³⁹.

³³⁸ BLASKESI, Eliane. Cartórios: competência dos serviços notariais e registrais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5694, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68267>. Acesso em: 01 fev. 2025.

³³⁹ BLASKESI, Eliane. Cartórios: competência dos serviços notariais e registrais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5694, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68267>. Acesso em: 01 fev. 2025. Diz ainda: “Dos instrumentos públicos (escrituras) lavrados pelo tabelião de notas, a procuração (instrumento do mandato) afigura-se como um dos mais usuais. Quando a lei estabelecer a obrigatoriedade do atendimento da forma prescrita, somente terá validade o documento que atendê-la. Em razão disso, em muitos negócios jurídicos, deve ser apresentada a procuração lavrada em tabelionato de notas. É o caso, por exemplo, da procuração com poderes para compra e venda de imóveis, procuração para assinar escritura pública de divórcio, procuração do analfabeto, etc. [...]. Seguindo a diretriz do Código Civil, por força do artigo 425, de que é lícito às partes convencionarem contratos atípicos, também o é realizar declaratórias sobre quaisquer circunstâncias em que não haja vedação legal. O fato de a declaratória ser feita por escritura pública traz mais segurança às partes, visto que, em razão da fé pública do tabelião, embora não tenha ele o dever de averiguar a veracidade da declaração, a identidade do declarante e a data da declaração são certificadas pelo profissional, além do original do documento ficar arquivado no tabelionato, o que possibilita que sejam extraídas cópias fiéis do mesmo, em forma de certidão, em caso de extravio. Como exemplos mais comuns, apresenta-se a escritura declaratória de convivência ou de união estável, escritura declaratória de vida, escritura declaratória de residência, escritura pública declaratória de dependência econômica, escritura pública de compromisso de manutenção (de estrangeiros que vêm a passeio, estudo ou tratamento médico no Brasil), escritura pública declaratória de estado civil. [...] Dentre as escrituras públicas que visam a modificar, constituir ou transferir direitos, cita-se a de compra e venda, permuta, doação, confissão de dívida, com ou sem garantia, promessa de compra e venda, entre outras. Mais recentemente, foi acometida aos tabeliões de notas a competência de lavrar inventários e divórcios por escritura pública. Testamento público ou cerrado e ata notarial são outros instrumentos que também são lavrados pelos notários. Pelo exposto, é possível verificar que há inúmeras espécies de instrumentos públicos que são lavrados pelo tabelião de notas, não se esgotando, entretanto, nos exemplos dados a sua competência”.

Nesse panorama, o tabelionato de protestos possui uma função específica, que, em suma, é permitir a publicidade de uma dívida, ou de um inadimplemento obrigacional, tendo sua regulamentação pela Lei nº 9.492/1997, o qual define que: “protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. (Artigo 1º)”.

De acordo com Eliane Blaskesi, “o protesto extrajudicial, realizado no tabelionato especializado representa segurança às relações jurídicas, trazendo ao credor a possibilidade de publicizar a inadimplência de obrigações”³⁴⁰, motivo pelo qual ainda é um modelo adotado na atualidade no intuito de se obter o adimplemento das obrigações.

Nesse sentido, a atuação do tabelionato de protestos pode ser considerada ampla, pois abrange a realização de protocolo, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, e ainda, de lavrar e registrar o protesto ou receber a desistência do credor, proceder averbações, fornecer informações e certidões aos respectivos atos realizados³⁴¹.

Apesar de se reconhecer a importância do tabelionato de protestos na recuperação de empresas, especialmente, na obtenção do adimplemento das dívidas geradas³⁴², é inegável que a recuperação extrajudicial se enquadra de modo mais adequado às funções do tabelionato de notas, o qual deverá estar encarregado de documentar todo o acordo firmado entre as partes de modo a dar ampla publicidade, se assim for decidido pelos negociantes, garantindo a necessária segurança jurídica e certeza do atingimento do soerguimento da empresa com o cumprimento do disposto no Provimento nº 67/2018 do CNJ.

³⁴⁰ BLASKESI, Eliane. Cartórios: competência dos serviços notariais e registrais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5694, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68267>. Acesso em: 01 fev. 2025.

³⁴¹ BLASKESI, Eliane. Cartórios: competência dos serviços notariais e registrais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5694, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68267>. Acesso em: 01 fev. 2025.

³⁴² SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. A recuperação extrajudicial realizada por tabelião de protestos como forma de acesso à justiça e aplicação dos direitos humanos. **Humanidades & Inovação**, v. 8, p. 214-232, 2021.

5.6 Vantagens do instituto

Compreende-se que a recuperação de empresas no âmbito dos cartórios apresenta vantagens, que, como se viu, já em parte foram adiantadas ao longo desta tese. O presente tópico vem somar atributos específicos a essa discussão, enumerando-a em três pontos, de “vantagens especiais” das serventias no cumprimento do seu objetivo de recuperação.

Nessa oportunidade, também será objeto de destaque o combate ao elitismo jurídico, a adoção de ferramentas simplificadoras de acesso aos tabelionatos e a importância da fiscalização judicial da atividade cartorária.

5.6.1 Vantagens

Neste tópico, serão analisadas as três vantagens principais da implementação da recuperação de empresas no âmbito dos cartórios, a fim de dar fundamento jurídico à hipótese de que o modelo multiportas proposto, além da fundamentação jurídica, apresenta melhorias ao sistema de justiça como um todo. As vantagens destacadas correspondem à celeridade, simplificação e segurança jurídica.

5.6.1.1 Celeridade

A busca pela duração razoável do processo é meta das ações do Poder Judiciário no século XXI, cuja trajetória adquiriu um capítulo relevante com a implementação do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que no bojo da Emenda Constitucional nº 45/2004, previu que “a todos, no âmbito judicial e

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Veja-se que o objetivo da duração razoável do processo abrangeu não apenas a seara judiciária, mas também administrativa, que em muitos casos acaba se traduzindo como um percurso comum antes do acesso à via judicial. O constituinte derivado também assegurou no mesmo inciso LXXVIII a garantia de meios da obtenção da celeridade, como forma de concretizar no mundo fático a previsão normativa através de instrumentos práticos.

Em 2015, foi aprovado o Novo Código de Processo Civil, que dentre os princípios fundamentais consagrados, também constou a duração razoável do processo, com a previsão de que: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º).

Vale lembrar que, anteriormente à reforma processual de 2015, a Lei nº 8.935/1994, que rege o tabelionato de notas, dispôs em seus artigos inaugurais (arts. 1º, 4º e 30) que a eficácia e a prestação de um serviço eficiente seriam objetivos dos cartórios, dando a entender que esse escopo já teria sido incorporado à função cartorária aproximadamente uma década antes da Emenda Constitucional nº 45/2004.

No âmbito da recuperação, a celeridade ainda é uma meta a ser atingida. Não são raros os casos de recuperação que perduram por anos, a ponto de não se saber ao certo qual será o destino do negócio, que, sem condições, tem a sua falência decretada após longo trâmite judicial.

Nesse sentido, a II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal – CJF, já calcada nos valores da justiça multiportas, procurou estimular a adoção da mediação como maneira de resolução de conflitos com a publicação dos enunciados 194, 202 e 222³⁴³, uma vez que a instituição das varas empresariais especializadas pelos tribunais não conseguiram eliminar a dificuldade estrutural ocasionada pela mora no trâmite dos feitos de recuperação.

³⁴³ [...] 194 - No que se refere à comprovação da instauração do procedimento de mediação prevista na Lei n. 11.101/2005, basta a apresentação do convite para a primeira reunião de mediação ou pré mediação nos moldes previstos na Lei n. 13.140/2015. [...] 202 - Na mediação antecedente à recuperação judicial, a empresa devedora e seus credores são livres para estabelecer a melhor composição para adimplemento das obrigações. [...] 222 - O juiz incentivará, com o auxílio do administrador judicial, a desjudicialização da crise empresarial, seja nos processos de recuperação judicial, seja extrajudicial, como forma de encontrar a solução mais adequada ao caso e, com isso, concretizar o princípio da preservação da atividade viável”.

Esses enunciados procuraram, em síntese: desformalizar o procedimento de convite da mediação, ainda sob o regimento da Lei nº 13.140/2015 (nº 94); dar liberdade às partes para, na mediação antecedente, celebrar o acordo que visasse à composição para o adimplemento das obrigações (nº 202); e atribuir ao julgador também a função de incentivo à “desjudicialização”, até como instrumento de efetivação da celeridade (nº 222).

Vale lembrar também que o Conselho Nacional de Justiça vem buscando aprimorar a recuperação de empresas, oficialmente, há pelo menos 8 (oito) anos, pois em 2018, mediante a Portaria nº 162, instituiu o Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências (FONAREF), com atribuições de:

1. “propor atos normativos voltados à implantação e modernização de rotinas, à organização, à especialização e à estruturação dos órgãos competentes para atuação na gestão de processos recuperacionais ou falimentares”; 2. “estudar e propor medidas para o aprimoramento da legislação pertinente, incluindo a solução, a prevenção de problemas e a regularização das questões que envolvam o tema”; 3. “congregar magistratura e advocacia vinculadas à matéria”; 4. “aperfeiçoar o sistema de gestão processual na seara de recuperação judicial e falências e promover a atualização de seus membros pelo intercâmbio de conhecimentos e de experiências”; 5. “uniformizar métodos de trabalhos, procedimentos e editar enunciados”; 6. “manter intercâmbio, dentro dos limites de sua finalidade, com entidades de natureza jurídica e social do país e do exterior”³⁴⁴.

Em termos estatísticos, Renata Paccolla Mesquita e Ana Clara Andrade Ranzani lembram também que:

[...] desde 2002, o Banco Mundial publica anualmente o relatório Doing Business, que fornece uma visão geral do ambiente empresarial mundial e classifica 190 países, dentre eles o Brasil, com base na facilidade para fazer negócios³⁴⁵.

Nesse quadro, afirmam que:

[...] em 2019, o Brasil foi alocado na 77^a posição do ranking quanto à recuperação de dívidas, desempenho que se deve, especialmente, ao demasiado tempo estimado e a baixa efetividade dos processos de recuperação judicial e falência³⁴⁶.

³⁴⁴ Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências. Disponível em: «Fórum Nacional de Recuperação Empresarial e Falências- Portal CNJ» Acesso em 05 de fevereiro de 2025.

³⁴⁵ MESQUITA, R. P. e RANZANI, A. C. A. A duração do processo falimentar e as tentativas de maior eficiência. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: «A duração do processo falimentar e as tentativas de maior eficiência» Acesso em 05 de fevereiro de 2025.

³⁴⁶ MESQUITA, R. P. e RANZANI, A. C. A. A duração do processo falimentar e as tentativas de maior eficiência. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: «A duração do processo falimentar e as tentativas de maior eficiência» Acesso em 05 de fevereiro de 2025.

Por isso mesmo, e também em razão da pandemia de coronavírus, o legislador aprovou a Lei nº 14.112/2020, no intuito de possibilitar que a mediação e a conciliação pudessem colaborar para a redução do tempo de resolução do conflito.

No caso da tese proposta, entende-se que a instituição de mediação e conciliação no âmbito dos cartórios, com os instrumentos jurídicos existentes (Provimento nº 67 e Lei nº 14.112/2020), serão capazes de colaborar para uma maior celeridade da recuperação, especialmente se se considerar a sugestão proposta na parte quatro deste estudo, no sentido de que tal procedimento perdure no máximo pelo prazo de 1 (um) ano, a fim de criar a certeza necessária na prestação do serviço público, que, como lembra Marília Reato Silva de Sousa³⁴⁷, é conhecido e objeto de confiança da população brasileira, por razões históricas (v. tópico 4).

5.6.1.2 Simplificação

A simplificação é outra meta buscada pela recuperação e pelo Poder Judiciário brasileiro, pois a burocracia excessiva, somada ao problema da judicialização repetitiva, é um fenômeno que compromete a eficiência da prestação jurisdicional.

Por esse motivo, como medida de acesso à justiça, que preconiza a utilização do aparelho judiciário por qualquer cidadão, de maneira ágil e fácil, o legislador brasileiro tem ampliado a simplificação procedural, que pode se revelar tanto por meio do encurtamento das etapas processuais até o fim respectivo, como por meio da utilização de meios inequivocamente práticos para a realização do ato processual, como também através de medidas que maximizem o acesso à justiça pela esfera extrajudicial (desjudicialização).

³⁴⁷ MESQUITA, R. P. e RANZANI, A. C. A. A duração do processo falimentar e as tentativas de maior eficiência. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: «A duração do processo falimentar e as tentativas de maior eficiência» Acesso em 05 de fevereiro de 2025.

Nesse cenário, uma das medidas que despontam como simplificadoras é a possibilidade da realização de atos processuais – judiciais ou extrajudiciais – por recursos eletrônicos, à distância, que dispensam a presença física, e que, portanto, apresentam potencial de otimizar a concretização do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Veja-se que, quando esta tese analisou os modelos extrajudiciais de recuperação do direito estrangeiro, deu ênfase ao Código de Insolvência e Recuperação de Empresas – CIRE, que, na alteração da última década, possibilitou a adoção de recursos remotos no âmbito da desjudicialização da recuperação de empresas.

Vale lembrar que na alteração mais recente a Lei nº 11.105/2005, o legislador procurou simplificar o procedimento da recuperação no âmbito extrajudicial da mediação e da conciliação, ao estabelecer no art. 20-D que:

As sessões de conciliação e de mediação de que trata esta Seção poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização.

Em boa medida, a simplificação lida também com o problema do chamado “elitismo jurídico”, que, nas palavras de Yuri Costa e Jean Nunes, consubstancia:

[...] a enorme dificuldade ou mesmo a incapacidade que o direito tem de transcender os interesses elitistas que nele predominam. Integrando estruturalmente o campo jurídico, o elitismo converte-se em valores como o individualismo e a lógica da acumulação³⁴⁸.

Ainda segundo Yuri Costa e Jean Nunes, o elitismo jurídico:

[...] manifesta-se em dois principais aspectos: o acesso ao direito e o acesso à justiça. Ambos constituem, no sentido aqui enfocado, uma fronteira que separa os que podem e os que não podem ter acesso ao direito e aos direitos³⁴⁹.

³⁴⁸ COSTA, YURI; PEREIRA, J. C. N. Elitismo jurídico e elitização do acesso à Justiça. In: Conselho Nacional de Justiça. (Org.). **Democratizando o acesso à Justiça**. 1ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022, v. 1, p. 37-44.

³⁴⁹ COSTA, YURI; PEREIRA, J. C. N. Elitismo jurídico e elitização do acesso à Justiça. In: Conselho Nacional de Justiça. (Org.). **Democratizando o acesso à Justiça**. 1ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022, v. 1, p. 39.

Por esse motivo, o Provimento nº 67 do CNJ, que regulamentou a conciliação e a mediação nos cartórios, consagrou amplamente o mecanismo eletrônico como forma de comunicação entre as partes e de prática dos atos extrajudiciais, previsão que abrange a notificação do convidado (art. 19), audiências eletrônicas (art. 27, § 4º), livros eletrônicos (art. 28, § 3º), apenas a título de ilustração.

Assim, pode-se afirmar que os cartórios colaboram para a simplificação da recuperação de empresas tanto por fomentar a desjudicialização, como pela facilidade de acesso às serventias, quanto também pela prática de atos extrajudiciais através de recursos eletrônicos em um ambiente confiável.

Conforme observa Isadora Garcia, “as serventias notariais têm a finalidade de formalizar os negócios jurídicos sob o embasamento legal, de modo que venha a prevenir a existência de vícios e litígios”³⁵⁰. Por seu turno, Ricardo Guimarães Koller destaca que:

Sem dúvida alguma, a atividade notarial e de registro representa atualmente um importante instrumento para a plena, rápida e eficaz realização do direito, exatamente porque ela se apresenta em condição de atuar na resolução de múltiplos problemas que quotidianamente se apresentam na vida dos cidadãos os quais, não assumem uma natureza conflitual de litígios, mas que só através da atuação do Poder Judiciário tenham possibilidade de ser dirimidos. E o melhor, com a intervenção capaz –e legalmente sancionada –de jurista idôneo e investido de fé-pública e, além disso, com capacidade para apreciar e aplicar, nas situações concretas, o princípio da legalidade, como é, incontestavelmente, o caso do notário e do registrado³⁵¹.

Dessa forma, é possível salientar que a submissão da recuperação de empresas nos cartórios é uma medida de simplificação, que, por ser uma medida alternativa de solução de conflitos, constitui uma arma poderosa contra o elitismo jurídico mediante um procedimento acessível e de fácil manuseio processual.

³⁵⁰ GARCIA, I. A importância dos serviços extrajudiciais: cartórios nacionais e sua função social no Brasil. **Revista de Direito Notarial**. Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo, São Paulo v.1 n.2, p. 56, Julho-Dezembro 2020.

³⁵¹ KOLLET, Ricardo Guimarães. **Manual do tabelião de notas para concursos e profissionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10.

5.6.1.3 Segurança jurídica

A obtenção de segurança jurídica no acordo de recuperação é um dos grandes objetivos da reestruturação, pois os credores e os devedores querem alcançar a certeza do cumprimento do objeto do negócio e querem meios para obrigar o cumprimento das cláusulas nela contidas.

Por esse motivo, a recuperação ainda é um procedimento deveras judicializado, pois o título judicial ou a mera homologação do acordo gera mais *enforcement* perante as partes e terceiros.

Veja-se que, na mediação e na conciliação a homologação judicial restou mantida por razões históricas (art. 20-C da Lei nº 11.101/2005), como destacado ao longo deste trabalho, mas outro motivo relevante para a sua manutenção é o *enforcement*, ou seja, força de imposição perante as partes e terceiros.

Ocorre que, conforme alertado anteriormente, os cartórios possuem indiscutível tradição na sociedade brasileira, que confia na sua atividade em várias vertentes (registral, notarial e de protestos), para garantir certeza e segurança jurídica nas relações civis que buscam a sua intervenção, razão pela qual a desjudicialização deve ser incentivada por meio da atuação do próprio tabelionato, que, por todas essas razões, também gera *enforcement*.

A propósito, André Villaverde de Araújo lembra que “a fé pública é qualidade inerente ao oficial e notário, para que, no uso das suas atribuições, possam transcrever e confirmar os registros e negócios jurídicos”³⁵². Em outras palavras, a fé pública é um dos elementos fundamentais da atuação cartorária, que empreende e garante a segurança jurídica nas relações negociais, dada a presunção de sinceridade, veracidade, legalidade e autenticidade dos eventos ali praticados³⁵³.

³⁵² ARAÚJO, A. V. de. **Cartórios extrajudiciais brasileiros como instrumentos de acesso a uma ordem jurídica justa pela extrajudicialização**. Tese de Doutorado em Direito. 182f. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019, p. 44.

³⁵³ Exemplo de fé pública na atuação dos cartórios pode-se se extrair da Lei 10406/02. “Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”.

Ademais, conforme se destacou no tópico precedente, a fiscalização pelo Poder Judiciário dos cartórios potencializa a confiabilidade no desempenho da função notarial, na medida em que garante o controle direto de suas atividades de acordo com o princípio da legalidade e da moralidade.

Conforme destaca Vladimir Passos de Freitas, a fiscalização judicial dos cartórios se dá através de camadas, que começa pelo juiz titular de direito da vara, passa pelo juiz diretor do foro, que empreende uma fiscalização administrativa mais ampla, concluindo-se pela Corregedoria Geral de Justiça como órgão de inspeção, disciplina e orientação administrativa por excelência³⁵⁴. Sem mencionar a importante missão exercida pela Corregedoria Nacional de Justiça, que não exclui a competência estadual sobre a matéria, por força do artigo 103-B, § 4º, III, da Constituição Federal³⁵⁵.

Acreditamos que esse controle direto exercido pelo Poder Judiciário é um diferencial em relação aos demais aparelhos de desjudicialização, residindo neste ponto uma razão especial para a “dispensa do procedimento homologatório judicial”.

Esse aspecto é especialmente importante do ponto de vista disciplinar para o servidor público notarial, que fica atrelado às regras semelhantes de correição de um órgão judicial, por exemplo, em relação à sua atividade finalística.

Do ponto de vista funcional, esse controle administrativo feito pelo Poder Judiciário funciona como instrumento coibidor e inibidor de ilícitos, desvios, corrupções, trapaças à lei, o que é indiscutivelmente relevante para a confiança nos atos praticados pelos cartórios.

Deve-se também salientar que a fiscalização a cargo, especialmente, das Corregedorias de Justiça e da Corregedoria Nacional de Justiça, torna mais confiável a investigação conduzida pelos órgãos referidos, que já dispõe de recursos humanos e materiais próprios das correições empreendidas nos seus órgãos de execução

³⁵⁴ FREITAS, V. de (org.). **Corregedorias do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁵⁵ Art. 103-B, § 4º, III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

judicial, razão pela qual todo essa experiência acumulada não é desperdiçada na fiscalização e inspeção dos cartórios.

Em suma, pode-se destacar que a aquisição de novas funções desjudicializadoras dos cartórios não afetará a fiscalização, a disciplina, a inspeção e a orientação realizada pelo Poder Judiciário na esfera notarial, sendo, ao contrário, mais um elemento importante para a delegação da recuperação extrajudicial de empresas aos tabelionatos, que é uma porta indispensável de acesso à justiça.

5.7 Proposta de modificação legal na recuperação extrajudicial (arts. 161 a 167 da LRF)

Como fica evidente, não há também impedimentos de ordem legal para a implementação da recuperação extrajudicial – estabelecida, principalmente, nos artigos 161 a 167 da LRF – no âmbito dos cartórios.

Ora, acreditamos que a modificação proposta se trata de um avanço necessário da Lei de Recuperação e Falências, que vai ao encontro das demais reformas no sistema de acesso à Justiça, especificamente, atrelada à terceira onda renovatória do Projeto de Florença (v. seção 3), sendo oportuno salientar que essa atualização busca otimizar também um instituto inaugurado pela Lei nº 11.101/2005, qual seja, a Recuperação Extrajudicial³⁵⁶.

³⁵⁶ Sobre o tema envolvendo a novidade da recuperação extrajudicial na Lei nº 11.101/2005 discorre detalhadamente Manoel Justino Bezerra Filho (*In: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada: Lei 11.101/2005 – comentário artigo por artigo.* 4 ed, rev., atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 356. Segundo Daniel Carnio Costa e Alexandre Nasser de Melo, “até a entrada em vigor da Lei 11.101/2005, o direito brasileiro não estimulava soluções de mercado – assim chamadas as negociações pautadas pela autonomia privada – para a recuperação de empresas em crise, porque sancionava como ato de falência qualquer iniciativa do devedor no sentido de reunir seus credores para uma renegociação global das dívidas. A Lei 11.101/2005, portanto, foi o primeiro passo na direção de uma mudança substancial deste quadro, ao prever e disciplinar o procedimento da recuperação extrajudicial, criando as condições para inserir a lógica do mercado na superação de crises empresariais”. *In: COSTA, Daniel Carnio e NASSER DE MELO, Alexandre. Comentário à lei de recuperação de empresas.* 3 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2022, p. 442.

Há que se destacar também que o escopo originário da recuperação extrajudicial, segundo Daniel Carnio, Felipe Herdem e Juliana Bumachar, era – e é – a excepcionalidade da litigiosidade, na qual a participação judicial é de chancela da legalidade necessária à perfectibilização do ato, “por vezes, oferecendo a proteção, pelas possíveis suspensões de exigibilidade (60 dias, na tutela cautelar antecedente, 90 dias, na solicitação de consentimento; e 180, no procedimento padrão”³⁵⁷, o qual, uma vez instaurado o procedimento para o soerguimento da empresa, deflagra um autêntico procedimento de jurisdição voluntária, na concepção de Joana Bontempo e Luiz Fernando de Valente³⁵⁸.

Essa afirmação de Joana Bontempo e Luiz Fernando de Valente, inclusive, tem respaldo no presente estudo, que enquadra o processo de recuperação como espécie de administração de interesses privados, o qual pode ser realizado fora do sistema justiça. Nesse contexto, a homologação judicial deverá estar dispensada. Ou seja, a “participação judicial” de que trata Daniel Carnio, Felipe Herdem e Juliana Bumachar deverá ser atualizada para abranger “participação do tabelionato”, pois seria até mesmo contraditório limitar a chancela de recuperação extrajudicial a uma etapa necessariamente judicial, uma vez que, como lembra Monica Maria Costa Di Piero, “o Judiciário não mais detém o poder de solução dos conflitos”³⁵⁹.

Com efeito, não faz sentido se ter um procedimento de recuperação extrajudicial com participação judicial. Dizendo de outro modo: essa atuação não pode ser a priori, conforme alertado nas linhas anteriores, o que não impede que a referida participação possa acontecer diante de eventual ilegalidade. O alerta feito no tópico anterior vale também para este caso: a homologação judicial deve ser facultativa e ocorrer na hipótese em que todos estiverem de acordo. A recusa de homologação

³⁵⁷ Cf. BIOLCHI, Juliana. **Recuperação extrajudicial e resolução de conflitos:** desafios da mudança cultural na adoção de boas práticas na negociação out-of-court. E CARNIO, Daniel Costa; HERDEM, Felipe; BUMACHAR, Juliana (Org.). **Recuperação Empresarial e Falência:** aspectos práticos. Londrina, Toth, 2002, p. 165.

³⁵⁸ Conforme afirmam esses autores: “o procedimento de jurisdição voluntária cuja finalidade é a homologação de acordo privado anteriormente celebrado entre o devedor e certo(s) grupo(s) de credores. Observadas certas formalidades legais, a homologação judicial tem o condão de alçar o acordo privado à condição de plano de recuperação extrajudicial [com] natureza contratual”. BONTEMPO, Joana e PAIVA, Luiz Fernando Valente de. A Reforma da Lei 11.101/2005 e a Nova Perspectiva de Recuperação Extrajudicial. São Paulo, 2021. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. **Reforma da Lei de Recuperação e Falência – Lei 14.112/2020.** São Paulo: IASP, 2021, p. 1175.

³⁵⁹ DI PIERO, Monica Maria Costa. Recuperação extrajudicial. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; CARNIO, Daniel (Org.). **Recuperação de empresas e falência:** diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2021, p. 796.

judicial, da mesma forma, não deve obstar os efeitos jurídicos da recuperação extrajudicial firmada em cartório pelos interessados caso não verse sobre ilegalidade ou fraude, sendo de bom alvitre neste ponto seguir o modelo argentino.

A recuperação extrajudicial é um processo orientado pela composição de interesses, como lembra Juliana Bumachar, logo, não faz sentido que seja híbrido (com um elemento extrajudicial e outro judicial)³⁶⁰. A exigência de homologação judicial é um resquício autoritário de intervenção estatal nos assuntos privados. Nem mesmo o argumento de que a homologação judicial evitaria fraudes se sustenta, pois a extinção do procedimento homologatório não afasta o princípio supremo da inafastabilidade de acesso ao poder judiciário, que é uma cláusula constitucional pétrea (art. 5º, XXXV, CF).

No modelo aqui idealizado, a recuperação extrajudicial não perderia a sua essência, uma vez que ela permaneceria de acordo com as boas práticas de negociação de dívidas fixadas pela INSOL em 2017 no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts II* (trégua temporária, não adversariedade, manutenção das posições de crédito, coordenação e governança entre credores, transparência, legalidade dos arranjos contratuais, confidencialidade e prioridade do dinheiro novo)³⁶¹, caindo por terra somente o respectivo sistema híbrido.

³⁶⁰ Como citam SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência** – teoria e prática na Lei 11.101/2005. 4 ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023, p. 920: “Diferentemente do que o nome faz supor, o regime jurídico da recuperação extrajudicial pressupõe a existência de uma etapa judicial, consubstanciada na necessidade de o plano ser apresentado judicialmente para homologação. Em razão disso, partindo-se de uma lógica comparativa com o procedimento de recuperação judicial, pode-se afirmar que em ambos há efetiva participação do Poder Judiciário, mas, na recuperação extrajudicial, essa participação tem menor intensidade, pois está circunscrita basicamente à homologação do plano. Assim, apesar do adjetivo ‘extrajudicial’ compor a expressão que designa o instituto, tem-se, na verdade, uma recuperação do tipo ‘menos judicial’, por meio da qual o Poder Judiciário é chamado apenas para chancelar um acordo extrajudicialmente negociado entre as partes (devedor e credores), em contraposição à recuperação do tipo ‘mais judicial’ (a recuperação judicial, nos termos da LREF)”.

³⁶¹ Como destaca Juliana Bumachar essas práticas seriam: “1. Trégua temporária (stand still): que enfatiza a colaboração dos credores relevantes, para que cooperem e concedam tempo ao devedor, ainda que limitado, para que possa formular proposta de superação das dificuldades; 2. Não adversariedade: na trégua, os credores relevantes devem evitar ações de forçadas contra o devedor e, ao mesmo tempo, não serem prejudicados em suas posições, criando meios de tratamento preventivo de conflitos entre credores; 3. Manutenção das posições de crédito: as condições originais, do começo da trégua, devem ser mantidas; 4. Coordenação e governança entre credores: interesses são mais bem atendidos com coordenação e organização de estruturas de governança, como comitês representativos e contratação de assessores técnicos especializados; 5. Transparência das informações: o devedor deve prover acesso a dados, pelos credores e seus assessores técnicos; 6. Legalidade dos arranjos contratuais: os acordos que forem construídos precisam revelar respeito à legislação aplicável; 7. Confidencialidade: os subsídios repassados devem ser tratados com sigilo,

A eliminação do elemento judicial dessa modalidade de recuperação, vale dizer, não retiraria os esforços legislativos na “crença e expectativa de que empresas e empresários lancem mão dessa possibilidade legalmente oferecida, como efetivo instrumento de solução, no todo ou em parte, dos problemas advindos do não cumprimento [...] de obrigações assumidas [...] das atividades de circulação de riquezas e de crédito”³⁶².

A bem da verdade, a eliminação da etapa judicial corresponderia também ao anseio social pela redução dos processos judiciais em trâmite na Justiça, de forma a possibilitar que o Poder Judiciário exerça o seu poder de “dizer o Direito” somente naqueles contenciosos de efetiva necessidade de acesso ao sistema judicial, o que colaboraria para a obtenção de mais celeridade, eficiência e credibilidade do Estado-Juiz³⁶³.

Sobre o procedimento, cumpre admitir que não haverá sensíveis modificações no processamento da recuperação extrajudicial, nem quanto ao objeto, legitimidade, requisitos, proibições, impedimentos e desistência. Com o processamento da recuperação extrajudicial no tabelionato de notas, serão parcialmente inaplicáveis todas as disposições que tratam da atuação judicial nesta via, como o recurso de que trata o art. 164, § 7º, da LRF e os efeitos necessários³⁶⁴.

salvo aqueles relacionados ao próprio mercado; 8. Prioridade do dinheiro novo: “financiamentos adicionais devem ser priorizados em relação aos que já existiam” BIOLCHI, Juliana. Recuperação extrajudicial e resolução de conflitos: desafios da mudança cultural na adoção de boas práticas na negociação *out-of-court*. CARNIO, Daniel Costa; HERDEM, Felipe; BUMACHAR, Juliana (Org.). **Recuperação Empresarial e Falência:** aspectos práticos. Londrina, Toth, 2002, p. 172-173.

³⁶² CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de; URBANO, Kethelen Cristina. Recuperação extrajudicial e meios autocompositivos de solução de conflitos. In: NASSER DE MELO, Alexandre Correa e BIOLCHI, Juliana (org). **A nova recuperação extrajudicial: análise e configurações da doutrina e prática nos tribunais.** Curitiba: Juruá, 2024, p. 111-112.

³⁶³ Como lembra Trícia Navarro: “De acordo com o relatório da Justiça em Números de 2024, o Judiciário finalizou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em tramitação, o que compromete a sua celeridade e credibilidade. Assim, se outras portas de acesso à ordem jurídica justa forem apresentadas aos jurisdicionados, como por meio da conciliação, mediação, arbitragem e outros meios extrajudiciais de conflitos, a tendência é a de que as partes só acionem o Judiciário quando a questão não puder ser solucionada por outra via, preferencialmente a consensual”. In: NAVARRO, Trícia. **Justiça Multiportas.** São Paulo: Editora Foco, 2024, p. 534.

³⁶⁴ Não constitui objeto desta tese empreender um novo procedimento de recuperação extrajudicial, pois é certo que o procedimento, normalmente, possui elementos ligados à política legislativa. Nada obstante, juridicamente, além de não haver empecilhos para a exclusão da homologação judicial, é evidente que a implementação da facultatividade dessa etapa não causará maiores repercussões na recuperação extrajudicial, pois apenas alguns dispositivos da LRF tratam da atuação judicial, como os arts. 164 e 165, que tratam da publicidade do plano de recuperação, efeitos jurídicos e eventual recurso contra a sentença homologatória.

Todavia, é importante manter a vigência desses dispositivos para os casos nos quais todas as partes, como dito, decidirem pela homologação judicial ou buscarem diretamente o sistema previsto na LRF, uma vez que a presente abordagem implementa a facultatividade dessa etapa como necessária à produção de efeitos jurídicos, e não a sua abolição do sistema jurídico.

Por fim, cabe destacar que a não homologação pelo tabelionato de notas da recuperação extrajudicial deverá dar ensejo a uma ação judicial para reclamar a homologação forçada ou a revisão da decisão do tabelionato.

De mais a mais, é importante salientar que, numa eventual implementação da recuperação extrajudicial no tabelionato de notas, deverá também o Conselho Nacional de Justiça permanecer atento às eventuais adequações necessárias e realizar os estudos para que o acesso ao sistema de cartório de recuperação de empresas apresente real eficácia, sendo aplicável aqui as mesmas cautelas para os casos de mediação e conciliação antecedentes ou incidentes aos processos de recuperação judicial.

5.8 Aspectos controvertidos na efetivação da recuperação extrajudicial nas serventias de tabelionato de notas

5.8.1 Quanto ao nome da recuperação extrajudicial no tabelionato de notas

O nome que propomos é “recuperação extrajudicial consensual”. Isso porque no âmbito das serventias seria realizado o acordo entre a devedora e seus credores, mediante os meios disponíveis de mediação e conciliação. Diante desse ambiente conciliador, inclusive, poderia ser obtido a adesão ao plano de outros credores que inicialmente não constaram do plano da recuperação extrajudicial.

5.8.2 Quanto à homologação do plano de recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial é um meio legal de superação de crise econômico-financeira e está regulada nos artigos 161 a 167 da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falência), sendo, portanto, uma ferramenta alternativa à recuperação judicial, que permite a negociação direta e extrajudicial entre credores e devedora, a fim de facilitar a quitação das dívidas pendentes.

Nesse aspecto, o juiz quando homologa o plano de recuperação extrajudicial, ele verifica as formalidades legais exigíveis para tal, todavia, não dispõe o magistrado de meios, dentro dos sistemas judiciais de constatar todos os termos do que consta no plano, até porque nessa hipótese, trata-se de avença elaborada fora do poder judiciário.

O devedor poderá também requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidas pelo plano de recuperação extrajudicial (art. 163 LRF).

Um ponto importante de elucidar é que a não aprovação pelos credores do plano de recuperação judicial é causa de convolação em falência, já na recuperação extrajudicial essa hipótese não existe, porquanto a discordância dos credores em relação ao plano enseja tão somente na possibilidade de estes cobrarem suas dívidas nos exatos termos em que foram pactuados, não havendo que se falar, portanto, em convolação em falência.

Ademais, é interessante registrar que nos termos da Lei 11.101/05 aplica-se a recuperação extrajudicial o *stay period* (suspensão de ações) conforme o § 8º do artigo 163. Quanto à nomeação de administrador judicial, a jurisprudência tem justificado a nomeação pela complexidade do caso³⁶⁵.

³⁶⁵ Casos “Triunfo” e “Colombo”. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2025/03/26/triunfo-encerra-processo-de-recuperao-extrajudicial-iniciado-em-2018.ghtml> e <https://exame.com/negocios/grupo-colombo-homologa-recuperacao-extrajudicial/>

Importante destacar, que o processo de falência e recuperação judicial começa e termina em juízo. Em contrapartida, o processo de recuperação extrajudicial é um procedimento que começa fora do juízo e pode terminar dentro ou fora do juízo.

A exemplo do que ocorre na recuperação judicial, os devedores que preencherem os requisitos do art. 48 da Lei de Falências, terão legitimidade para propor e negociar com credores os planos de recuperação extrajudicial.

Diversamente da recuperação judicial, os titulares de créditos de natureza tributária, os derivados da legislação trabalhista ou os previstos no art. 49, § 3º e 86, inciso II do *caput* da Lei de Falências, não podem figurar como legitimados passivos da recuperação extrajudicial, exceto nas situações previstas no § 1º do artigo 161 da LRF.

Nessa modalidade de tratamento da insolvência empresarial o devedor oferece proposta de recuperação diretamente aos credores escolhidos e legitimados a participar do processo. Aceita a proposta, realizar-se-á um acordo. Esse acordo é considerado uma recuperação extrajudicial por excelência, e pode ser levado para homologação judicial, caso o devedor deseje.

A homologação do plano de recuperação extrajudicial poderá ser voluntária ou obrigatória. A primeira consiste na adesão de todos os credores ao plano, enquanto a segunda, consiste na extensão dos efeitos do plano aos credores que eventualmente não aderirem, mesmo contra suas vontades. Ou seja, caso mais da metade dos credores firmem o acordo, o devedor pode requerer a homologação do plano de recuperação extrajudicial, obrigando todos os credores, inclusive aqueles que não o assinaram, como explicitado no *caput* do art. 163 da Lei de Falências.

Após o pedido de homologação judicial, os que aderirem à Recuperação Extrajudicial só poderão desistir com a anuência expressa dos demais signatários do plano, por força do art. 161, § 5º da Lei de Falências.

O art. 162 da Lei de Falências determina que a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial pode ser requerida pelo devedor, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que aderiram ao plano.

Por sua vez, o § 6º do art. 163 da Lei de Falências determina que para a homologação do plano de recuperação extrajudicial, além dos documentos previstos no *caput* do art. 162 da mesma Lei, o devedor deverá apresentar: (i) exposição da situação patrimonial do devedor; (ii) as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do *caput* do art. 51 da Lei de Falências; (iii) os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

Dispõe o art. 164 da Lei de Falências, que após o recebimento do pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, o juiz deverá ordenar a publicação de edital eletrônico com vistas a convocar os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o parágrafo 3º do mesmo artigo.

5.8.3 Quanto às impugnações ao plano de recuperação extrajudicial consensual

Ao inverso da recuperação judicial, as impugnações devem conter fundamentação vinculada, ou seja, só pode ser apresentada matéria específica onde pode se arguir necessariamente e obrigatoriamente: (i) não preenchimento do percentual mínimo previsto no *caput* do art. 163 da Lei de Falências; (ii) prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 da Lei de Falências, ou o descumprimento de requisito previsto na mesma lei; (iii) descumprimento de qualquer outra exigência legal, na forma do § 3º do artigo 164 da LRF.

Fazendo um paralelo com a tese defendida nesse trabalho, nota-se que não há por parte do juiz uma análise acerca do mérito do pedido de recuperação extrajudicial. A análise do poder judiciário prende-se necessariamente a questões formais, que por óbvio pode ser feita por um tabelião de notas, habituados a lidar com vários tipos de demanda que antes ficava a cargo somente do poder judiciário.

Assim, não vejo óbice, neste aspecto, ao trâmite da recuperação extrajudicial nos dois meios de acesso à justiça: poder judiciário e serventias de tabelionato de notas, como ocorre em relação ao inventário, divórcio, usucapião e outros. Até porque, reafirma-se, a impugnação tem matéria vinculada ao cumprimento das formalidades legais, que a nosso ver podem ser sanadas no âmbito do tabelionato.

Poderia, ainda, caso haja impugnação, optarem as partes pela remessa ao judiciário da recuperação extrajudicial.

Na esfera do poder judiciário, uma vez apresentada as impugnações, será aberto prazo de 5 dias para que o devedor se manifeste a respeito. Decorrido o prazo para a manifestação do devedor, os autos serão conclusos ao juiz para que este aprecie as eventuais impugnações, dentro do prazo de 5 dias.

No tabelionato de notas, o mesmo procedimento poderia ser efetivado, sem prejuízo para os envolvidos. E como afirmado, caso haja descumprimento no pedido de recuperação extrajudicial de formalidades legais teríamos duas opções: remeter ao poder judiciário ou possibilitar a regularização do pedido de recuperação extrajudicial e assim o prosseguimento no tabelionato de notas.

Uma vez afastadas as impugnações, o juiz deverá homologar o plano de recuperação extrajudicial. A sentença constituirá título executivo judicial, como aduz o § 6º do art. 161 da Lei de Falências. Caso as impugnações sejam aceitas, o juiz indeferirá a homologação do plano. Nesse ponto, a escritura pública consensual de recuperação extrajudicial se tornaria título executivo, sem prejuízo para as partes, como ocorre nas demais ações que tramitam no tabelionato de notas.

Por fim, o § 7º do art. 164 da Lei de Falências, dispõe sobre o recurso de apelação, sem efeito suspensivo, para a sentença de homologação, ou não, do plano de recuperação extrajudicial.

Nesse aspecto, não haveria apelação na tramitação perante o tabelionato de notas, porque estaríamos diante de uma recuperação extrajudicial consensual, como proposto na minuta elaborada contante do apêndice deste trabalho.

A própria lei estabelece que o devedor ainda poderá apresentar novo pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, na hipótese de o juiz não homologar o plano apresentado. Tal faculdade e possibilidade, também poderia ser

otimizada no âmbito do tabelionato de notas, caso o pedido inicialmente proposto não preencha as formalidades legais por ocasião do ajuizamento.

Na linha do presente trabalho, importa ressaltar a hipótese de que o plano de recuperação extrajudicial, em regra, produz efeitos somente após a homologação judicial, entretanto, excepcionalmente, por força do § 1º do art. 165 da Lei de Falências, o plano de recuperação extrajudicial pode estabelecer imediata produção de efeitos, ou seja, antes da homologação, desde que exclusivamente em relação à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários.

Assim, torna-se dispensável, a nosso ver, a homologação pelo juiz do plano de recuperação extrajudicial.

De certa forma há uma incongruência, quando se nomina o procedimento de recuperação extrajudicial, e a própria lei exige a chancela do poder judiciário para que seja concretizado um acordo entre as partes envolvidas.

5.8.3.1 A atuação do juiz e do tabelião

Por outro lado, a atuação do juiz nesses casos, restringe-se a verificar as formalidades legais que devem estar presentes no pedido de recuperação extrajudicial e a apreciação de eventual impugnação ao pedido. Aqui sendo ressaltado, que a impugnação possui matéria vinculada, como estabelece a própria lei, se restringindo ao cumprimento ou não das formalidades exigidas.

Referidas atividades de verificação das formalidades, em nosso entender, podem ser exercidas sem nenhum prejuízo pelo tabelião de notas, que está em seu cotidiano habituado ao exercício de resolução de diversos conflitos que antes cabia apenas ao Poder Judiciário, como divórcio, partilha, inventário, usucapião, entre outros.

Questão a ser levantada é que o acordo feito pelas partes na recuperação extrajudicial não é monitorado pelo Poder Judiciário após a sua homologação, como ocorre na recuperação judicial que tem o biênio de fiscalização previsto no artigo 61

da Lei nº 11.101/2005. Ocasionalmente é anexado aos autos os comprovantes de pagamento do que foi acordado não por exigência, mas por vontade das partes.

5.8.4 Quanto à nomeação de administrador judicial

Com relação à nomeação do administrador judicial, não há previsão legal, todavia, tem sido deferido este pleito, o que acaba por onerar o litígio, que já conta com as dificuldades financeiras da parte principal interessada que é a empresa, que está lutando para conseguir o seu soerguimento. Os gastos com administrador judicial, por certo tornaria o procedimento da recuperação extrajudicial menos atrativo e a não opção por esse meio de enfrentamento da crise empresarial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou apresentar a possibilidade de a recuperação extrajudicial de empresas tramitar perante o tabelionato de notas, como demonstração de desjudicialização do sistema reorganizatório brasileiro.

Tal necessidade de implementação da recuperação no âmbito dos cartórios constitui uma medida de modernização do sistema de reestruturação de empresas em crise, no que tange à recuperação, ainda preso às suas raízes judicialistas.

Essa modernização corresponde exatamente ao objetivo geral do Poder Judiciário no século XXI de ampliar o acesso à justiça, facilitando ao cidadão a utilização do aparelho de justiça em caráter multiportas (*multidoor courthouse system*).

No caso de países em processo de desenvolvimento, integrantes do “capitalismo periférico”, tal abordagem adquire elevada importância considerando que a implementação do modelo multiportas tem como finalidade indireta a redução dos processos judiciais e a melhora da eficiência do aparelho de justiça.

Na chamada terceira fase do Direito Comercial, a desjudicialização da recuperação de empresas também constitui uma exigência moderna de sua preservação, de forma a possibilitar que o empreendimento empresarial resista às burocracias processuais e estatais e possa cumprir com a sua função social.

Neste ponto, há os dois pilares que sustentam a ideia de desjudicialização: uma de ordem jurídica, voltada para “desprocessualização” e “desburocratização” do sistema de recuperação extrajudicial, e outra de ordem metajurídica, voltada à preservação da empresa em uma concepção ampla, de forma segura e ágil, para que ela consiga atender às suas aspirações de função social, influenciando a “macro” e a “microeconomia de mercado”, a “consistência de empregos”, o “funcionamento de trocas comerciais”, a “industrialização e o “bem-estar social”.

No caso deste estudo procuramos operar esses dois pilares em uma discussão jurídica interna (a recuperação no Brasil) e uma externa (a recuperação no direito estrangeiro), com o objetivo de mutuamente buscar num e outro sistema uma ideia nuclear essencial, um contributo, talvez, para a construção das hipóteses e das soluções deste trabalho.

Nesse percurso, elegemos como importante focar na recuperação extrajudicial (tanto internamente como externamente) e nos modelos de países que consideramos relevantes para o estudo brasileiro: a recuperação norte-americana (inegavelmente influenciadora da Lei nº 11.101/2005); a recuperação francesa (inequivocamente relacionada à história do direito empresarial brasileiro); a recuperação portuguesa (individuosamente vinculada aos laços de reciprocidade com o direito pátrio); e a recuperação argentina (inquestionavelmente relacionada à economia brasileira e à questão geográfica e territorial latino-americana).

Com o destaque necessário de cada instituto típico do sistema desses países, procuramos estabelecer um entendimento de cada recuperação extrajudicial e o respectivo funcionamento processual. Nesse momento, deixamos de fazer qualquer juízo de valor sobre o sistema brasileiro, para deixar o aproveitamento da discussão para o momento próprio (qual seja, na quinta seção).

Passamos, em seguida, para o estudo do direito brasileiro, naquilo que julgamos fundamental, destacamos os grandes institutos e as discussões acaloradas na doutrina envolvendo o Código Comercial de 1850, o Decreto nº 5.746/1929 (período republicano), o Decreto-Lei nº 7.661/1945 (período fascista) e a Lei nº 11.101/2005 (período neorepublicano). Nessa última fase, identificamos a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência, tal como é vigente nos dias atuais.

O principal objetivo dessa parte do estudo foi estabelecer um panorama de como a recuperação foi estruturada, e o que permanece sendo uma tônica atualmente. Qual a razão de ser de cada instituto? O que foi mantido e o que foi abandonado? Extraímos como conclusão inarredável o fato de que ela contou – em regra – com uma “intervenção judicialista”, principalmente presente no Decreto-Lei nº 7.661/1945 (período fascista), e que acreditamos que foi mantido hodiernamente sem maiores explicações, sobretudo, no que diz respeito à homologação.

Na terceira seção deste trabalho, procuramos nos voltar para o estudo do processo, mais especificamente, para o estudo do processo de “extrajudicialização ou desjudicialização”. Os movimentos importantes deste período, as assinaladas “ondas renovatórias”, a fundamentação teórica, as principais discussões relacionadas ao tema em solo europeu e no direito norte-americano, com as “chamadas *court-connected*”.

Nessa parte, procuramos também entender a inserção – melhor dizendo, institucionalização – do modelo multiportas na seara brasileira, o pioneirismo do Conselho Nacional de Justiça, a fundamentação teórica e legal condizente com o objetivo de “desprocessualização” e “desjudicialização”, que, certamente, contribuem para o debate ora conduzido em sede de recuperação de empresas.

Depois, passamos ao estudo da implementação da “mentalidade desjudicializadora” no âmbito da recuperação extrajudicial, com o advento da das recomendações 58/2019 e 112/2021 do CNJ e as respectivas inovações da Lei 14.112/2020, esta última, também introduzida no sistema jurídico com um “objetivo macroeconômico em um período pandêmico”.

Nessa etapa do estudo, não nos deixamos levar apenas por uma linha expositiva e procuramos entender o cerne dos interesses no processo de recuperação, analisando qual a dificuldade inerente à obtenção do consenso nessas relações conflituosas e como a mediação pode atuar para resolvê-la. Finalizamos esse tópico concluindo pelo acerto da legislação brasileira em procurar na mediação um instrumento de resolução desses conflitos, de maneira ágil e eficiente e com as ferramentas necessárias para o fortalecimento do modelo adotado.

Em seguida, ingressamos na quarta seção do estudo no intuito de estabelecer uma reflexão em torno da jurisdição contenciosa e voluntária. Consideramos este um dos pontos centrais da tese, pois a desjudicialização opera realmente em função da qualidade ou da natureza jurídica do processo de recuperação.

Concluímos que a recuperação apresenta natureza voluntária, sendo este o principal motivo de não depender de uma ação judicial para ser realizada, e sequer da etapa homologatória, pois a relação entre credores e devedores na recuperação é de ordem privada, representando apenas um potencial conflito que pode se instalar na hipótese da não obtenção do acordo, cuja intervenção pode ser feita por qualquer membro do Estado capaz de assegurar às partes condições de elas mesmas conseguirem (por mediação ou conciliação) a resolução do conflito, sem qualquer participação judicial.

Subsequentemente, passamos a tratar do instituto dos cartórios, no intuito de apresentar o seu histórico mundial e nacional, com a exposição de suas funções no meio econômico e social, estabelecendo a conclusão de que as serventias extrajudiciais, por motivos históricos e funcionais, estão inseridas no paradigma do modelo multiportas e, nela estando inserido, podem contribuir, de maneira inegável, para o aperfeiçoamento da desjudicialização, principalmente se levarmos em conta a garantia de segurança jurídica e confiança nos serviços por eles prestados, que estão sob controle, disciplina, orientação e fiscalização judicial, conforme reconhece a lei, a Constituição e, também, o Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário n. 255.124 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.151).

Na última parte do estudo, procuramos definitivamente estabelecer a tese de que a recuperação extrajudicial de empresas pode, sem empecilhos de ordem jurídica e constitucional, tramitar perante as serventias do tabelionato de notas, sob a modalidade de mediação e conciliação, a qual, inclusive, já se acha regulamentada pelo Provimento nº 67, de 26/03/2018, do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse segmento da tese, discutimos sobre a efetiva implementação da recuperação de empresas nos cartórios, buscando estabelecer uma conexão deste tópico com os institutos estrangeiros estudados na parte dois, em especial, com o *stay period* norte-americano, o *Conciliateur* do direito Francês e com o *acuerdo preventivo* do direito argentino.

Nessa medida, chegamos a algumas conclusões importantes confrontando esses institutos com aqueles vigentes no sistema jurídico brasileiro: a) que a nomeação de um terceiro como um *mandat ad hoc*, como um *Conciliateur*, por um juiz ou órgão colegiado, não seria interessante ao caso brasileiro, considerando que o Provimento nº 67 instituiu, como dito, um cadastro ativo de mediadores e conciliadores, nos termos de seu art. 3º; b) que parece crível que o modelo aqui idealizado tenha algum diálogo com a *conciliation* francesa, que pode ser requerida pelo devedor que demonstrar dificuldade jurídica, econômica ou financeira, não estando em cessação de pagamento (*cessation des paiements*); c) que parece ser interessante o prazo de 5 (cinco) meses que cabe ao *conciliateur* para atuar nas suas funções, embora constitua um exagero no caso brasileiro a dependência da nomeação de terceiros – como o Tribunal do Comércio – para providenciar uma simples nomeação. A existência de prazo na atuação pode ser um instrumento de

controle efetivo das atribuições do conciliador ou mediador no Brasil, afigurando-se razoável e adequado o estabelecimento do prazo mínimo de 1 (um) ano para a conclusão de uma negociação no âmbito dos cartórios, pois tal prazo equivale à metade do período admitido pela lei brasileira para que o devedor em cessação de pagamentos possa solicitar a recuperação extrajudicial conforme o art. 161, § 3º, da Lei nº 11.101/2005; d) que, embora não haja prejuízo à aplicação de todo o regimento da recuperação extrajudicial no âmbito dos cartórios, é de todo relevante possibilitar que as partes, e principalmente o devedor, possa requerer judicialmente a extensão do *stay period* a todos os devedores, até como medida incentivadora do evento desjudicializador na recuperação de empresas, assim como ocorre no citado modelo francês (arts. 1244-1 a 1244-3 do *Code Civil*); e) que, apesar de a *conciliation* francesa não possuir o evento da *automatic stay*, é possível que o devedor ou empresário possa requerer a sua implementação ao tribunal. Assim sendo, tal medida deve ser admitida também no caso brasileiro, malgrado deva ser aceita como providência de “exceção”.

Conclui-se também que esse pedido não pode ser deferido automaticamente pela lei (*automatic stay*), e nem pode ser requerido diretamente ao conciliador ou ao mediador, afigurando-se necessário que tal pedido seja feito judicialmente sob intervenção ministerial; f) que parece ser evidente que essa premissa, ao menos de “exceção” em caráter “judicial”, foi fortalecida no âmbito da mediação e da conciliação da recuperação de empresas, pois o § 1º do art. 20-B, acrescentado pela Lei nº 14.112/2020, possibilita a obtenção de tutela de urgência cautelar para a suspensão das execuções movidas contra a empresa em recuperação pelo prazo de 60 (sessenta) dias, na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial (art. 20-A, IV, da Lei nº 11.101/2005); g) que, assim como no modelo argentino, parece adequada a manutenção do acordo mesmo nas hipóteses de não homologação como uma medida importante no cenário dos métodos alternativos à solução dos conflitos de interesses empresariais.

Além disso, chegamos a algumas conclusões relevantes ao analisar algumas peculiaridades do sistema de recuperação doméstico (ordem em sequência): h) não se deva abrir para verificação ou nomeação de terceiros – como uma espécie síndico ou contador as contas do devedor, devendo prevalecer o acordo entre as partes, como

prevê o art. 20-C da Lei nº 11.101/2005; i) em eventual implementação da mediação e da conciliação nos cartórios, deve ser observado a sistemática do art. 20-C e não da recuperação extrajudicial da Lei nº 11.101/2005, para garantir a necessária segurança jurídica e não criar incertezas nos agentes jurídicos e de mercado; j) uma interessante possibilidade a ser implementada no cenário jurídico nacional seria a homologação facultativa dos acordos de recuperação – como acontece no modelo francês, no interior dos quais a confidencialidade fosse a regra – considerando o interesse eminentemente privado – e que a homologação pública fosse de iniciativa das partes, e não uma imposição de Direito Público, pois o formalismo do sistema, que pretende ser tradicionalmente judicializado, dificulta a implementação efetiva de um sistema multiportas; k) o método autocompositivo – via conciliação ou mediação – poderá imunizar, ou até mesmo diminuir, os efeitos da intervenção estatal (no caso judicial ou legislativa) sobre a existência do próprio conflito ou do potencial conflito; l) a recuperação de empresas se enquadra de modo mais adequado às funções do tabelionato de notas, o qual deverá estar incumbido de documentar todo o acordo firmado entre as partes de modo a dar ampla publicidade, se assim for decidido pelos negociantes, garantindo a necessária segurança jurídica e certeza do atingimento do seguimento da empresa com o cumprimento do disposto no Provimento nº 67/2018 do CNJ.

Por fim, chegamos a algumas conclusões quanto às vantagens da implementação do instituto (ordem em sequência): m) entende-se que a instituição de mediação e conciliação no âmbito dos cartórios, com os instrumentos jurídicos existentes (Provimento nº 67 e Lei nº 14.112/2020), serão capazes de colaborar para uma maior celeridade da recuperação (vide enunciados 194, 202 e 222 d II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal – CJF), especialmente se se considerar a sugestão proposta na parte quatro deste estudo, no sentido de que tal procedimento deve perdurar por, no máximo, pelo prazo de 1 (um) ano, a fim de criar a certeza necessária na prestação do serviço público; n) pode-se afirmar que os cartórios colaboram para a simplificação da recuperação de empresas tanto por fomentar a desjudicialização (combate ao elitismo jurídico), como pela facilidade de acesso às serventias, quanto também pela prática de atos extrajudiciais através de recursos eletrônicos em um ambiente confiável; o) acreditamos que esse controle direto exercido pelo Poder Judiciário é um diferencial

em relação aos demais aparelhos de desjudicialização, residindo neste ponto uma razão especial para a dispensa do procedimento homologatório judicial, tendo em vista que a fiscalização a cargo, especialmente, das Corregedorias de Justiça e da Corregedoria Nacional de Justiça, torna mais confiável a investigação conduzida pelo órgão referido, que já dispõe de recursos humanos e materiais próprios das correições empreendidas nos seus órgãos judiciais.

Como acréscimo derradeiro, discorreu-se sobre a implementação da recuperação extrajudicial, prevista nos artigos 161 a 167 da LRF, também no âmbito do tabelionato de notas, com a facultatividade da homologação judicial, que deverá ocorrer apenas na hipótese de consenso entre todas as partes. Foi exposto nessa parte que a modificação legal proposta não implicará em substancial alteração do procedimento da Lei nº 11.101/2005, apenas naqueles dispositivos que tratam da atuação judicial, em geral, ligados aos arts. 164 e 165, que cuidam da publicidade do plano de recuperação, efeitos jurídicos e eventual recurso contra a sentença homologatória. Porém, foi sublinhado que a não homologação pelo tabelionato de notas da recuperação extrajudicial deverá dar ensejo a uma ação judicial para reclamar a homologação forçada ou revisão da decisão do tabelionato, tendo em vista o princípio da inafastabilidade de acesso ao poder judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Em suma, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que a recuperação de empresas por tabelionato de notas poderá ser, em um futuro breve, a regra no direito concursal, pois a desjudicialização mediante a utilização dos cartórios já é uma realidade no cenário brasileiro, que apenas precisará ser aprimorada pelo legislador para atingir a sua finalidade de pacificação social.

Nos apêndices A e B deste trabalho, como forma de contribuição social, colaciona “esboço de minuta de escritura pública de recuperação consensual extrajudicial” e sugestão de *legi ferenda* com um “minuta de projeto de lei”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Orgams da fé pública. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. V, 1897, p.7-8. Disponível em: <https://arisp.wordpress.com/wp-content/uploads/2007/12/orgams-da-fe-publica-rdi.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2024.

ARAÚJO, Vanessa Donato de. Noções gerais de direito empresarial. In: HERKENHOFF, H. G. (Coord.). **Direito de empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, A. V. de. **Cartórios extrajudiciais brasileiros como instrumentos de acesso a uma ordem jurídica justa pela extrajudicialização**. Tese de Doutorado em Direito. 182f. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

ARGENTINA. **Ley n. 24.522 de 20/07/1995**. Disponível em: <[Ley 24.522 \(rpba.gov.ar\)](http://rpba.gov.ar)> Acesso em 16 de agosto de 2024.

ARMANI ALVES, M. V. **A fazenda pública no sistema multiportas**: perspectivas a partir do contencioso do Estado de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito, Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BARBOSA E SILVA, E. **A efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação**. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências comentada**: Lei 11.101/2005 – comentário artigo por artigo. 4 ed, rev., atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANDELLI, L. A função notarial na atualidade. **REVISTA DO DIREITO IMOBILIÁRIO**, v. 80, p. 55-78, 2016.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Disponível em: <FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf (institutodc.com.br)> Acesso em 12 de setembro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 21 de outubro 2024.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Institui o Código Comercial. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm)> Acesso em 05 de agosto de 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 53.2004**. Disponível em: «DL n.º 53/2004, de 18 de Março (pgd lisboa.pt) » Acesso em 16 de agosto de 2024.

BONTEMPO, Joana; PAIVA, Luiz Fernando Valente de. A Reforma da Lei 11.101/2005 e a Nova Perspectiva de Recuperação Extrajudicial. São Paulo, 2021. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al. **Reforma da Lei de Recuperação e Falência – Lei 14.112/2020**. São Paulo: IASP, 2021.

BORTZ, Marco Antonio Greco. A desjudicialização - um fenômeno histórico e global. **Revista de Direito Notarial**, São Paulo, Ano 4, n. 4, p. 75-110, 2009.

BUIKA, H. L. **Mediação**: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2019.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: Repercussão no direito do trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 73, n. 4, p. 39-54, 2007.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira et al. O espírito da lei é proteger a função social da empresa [mediadores Leandro Silveira Pereira, Carlos Costa e João de Freitas]. **Getulio**, n. 16, 2009.

CAMPILONGO, C. F. **Função social do notariado**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, C. G. Possibilidade de prorrogação do stay period na recuperação extrajudicial para além do prazo fixado em lei. **Migalhas**. Disponível em: «<https://www.migalhas.com.br/depeso/365316/prorrogacao-do-stay-period-na-recuperacao-extrajudicial>» Acesso em 16 de setembro de 2024.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de; URBANO, Kethelen Cristina. Recuperação extrajudicial e meios autocompositivos de solução de conflitos. In: NASSER DE MELO, Alexandre Correa e BIOLCHI, Juliana (org). **A nova recuperação extrajudicial**: análise e configurações da doutrina e prática nos tribunais. Curitiba: Juruá, 2024.

CAMPOS, Tatiana de Almeida. **A integração dos direitos humanos à lex mercatoria**. 137 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2022.

CAON, D. F. **A fiscalização das serventias extrajudiciais em Santa Catarina**: estudo de caso sobre a operacionalização do sistema de correição integrada (SCI) em atenção ao dever de eficiência da administração pública. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

CAPPELLETTI, M e GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, A. P. Juizados especiais aproximam a Justiça do povo. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <[Juizados especiais aproximam a Justiça do povo \(conjur.com.br\)](http://www.judicial.com.br/juizados especiais aproximam a justica do povo)> Acesso em 10 de setembro de 2024.

CARNAÚBA, C. A. M. **Mediação na Recuperação Judicial**: participação e construção do consenso. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023.

CARNIO, Daniel Costa; HERDEM, Felipe; BUMACHAR, Juliana (Org.). **Recuperação Empresarial e Falência**: aspectos práticos. Londrina, Toth, 2002.

CARVALHO, Marcus. Conciliação e mediação antecedentes na recuperação judicial: desafios para a construção de mecanismos eficientes de pré-insolvência na lei 11.101/2005. In: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SATIRO, Francisco; CEREZETTI, Sheila C. Neder (coord.). **Estudos sobre a reforma da lei 11.101/2005**. Belo Horizonte: Expert, 2022, p. 17-48, p. 23.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial da sociedade por ações**: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMPARATO, Fábio K. **O seguro de crédito** – estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Daniel Carnio e NASSER DE MELO, Alexandre. **Comentário à lei de recuperação de empresas**. 3 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2022.

COSTA, YURI; PEREIRA, J. C. N. Elitismo jurídico e elitização do acesso à Justiça. In: Conselho Nacional de Justiça. (Org.). **Democratizando o acesso à Justiça**. 1ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022, v. 1.

DADALTO, R. G. **Desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais e acesso à justiça**: análise acerca a (im)possibilidade de tornar obrigatória a via administrativa. Universidade Federal do Espírito Santo, 2019.

DEORIA, Karina F. **Impactos no poder de controle nas situações de insolvência empresarial**. Dissertação de Mestrado em Direito. 208 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

DI PIERO, Monica Maria Costa. Recuperação extrajudicial. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; CARNIO, Daniel (Org.). **Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2021.

DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIDIER JR, F. et al. A recuperação judicial como jurisdição voluntária: um ponto de partida para estruturação do procedimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 79, jan./mar. 2021.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

EID, Vanessa Salem. Cram down, efeitos sobre os credores e o entendimento jurisprudencial. Opinião – **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: «Vanessa Eid: Cram down, efeitos sobre os credores e jurisprudência (conjur.com.br)» Acesso em 29 de agosto de 2024.

ESTADOS UNIDOS. **Butner v. United States, 1979**. Disponível em: <BUTNER v. UNITED STATES et al. (1979) – Ballotpedia> Acesso em 14 de agosto de 2024.

ESTADOS UNIDOS. **History of ADR and Mediation in Florida**. Disponível em: <History of ADR & Mediation in Florida - Florida Courts (flcourts.gov)> Acesso em 05 de setembro de 2024.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de direito mercantil brasileiro**: parte geral. São Paulo: São Paulo Ed., 1934.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial**: da mercancia ao mercado. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

FRANÇA. **Chapitre II**: De l'entreprise au cours de la période d'observation. (Articles L622-1 a L622-34). Disponível em: <Code de commerce - Légifrance (legifrance.gouv.fr)> Acesso em 15 de agosto de 2024.

FRANÇA. **Code de Commerce**. Disponível em: <Code de commerce - Légifrance (legifrance.gouv.fr)> Acesso em 15 de agosto de 2024.

FREITAS, V. de (org.). **Corregedorias do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira et al. O espírito da lei é proteger a função social da empresa [mediadores Leandro Silveira Pereira, Carlos Costa e João de Freitas]. **Getulio**, n. 16, 2009.

GARCIA, I. A importância dos serviços extrajudiciais: cartórios nacionais e sua função social no Brasil. **Revista de Direito Notarial**. Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo, São Paulo v.1 n.2, p. 56, Julho-Dezembro 2020.

GARDINO, A. V. P. **A Falência e a Preservação da Empresa**: compatibilidade? 326 f. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

GRINOVER, Ada Pelegrini, et al. **Teoria Geral do Processo**. 26^a ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. Teresina. **Jus Navigandi**, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>>. Acesso em: 04 de agosto de 2024.

JEANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. **Entreprises en difficulté**. 7. édition, Paris: Dalloz, 2007.

JOTA. As diferenças entre uma recuperação judicial no Brasil e EUA. **Inteligência Financeira**. Disponível em: <As diferenças entre uma recuperação judicial no Brasil e EUA (inteligenciafinanceira.com.br)> Acesso em 15 de agosto de 2024.

KOLLET, Ricardo Guimarães. **Manual do tabelião de notas para concursos e profissionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KÜMPEL, V. F. Histórico do notariado brasileiro. **Migalhas**. Disponível em: Histórico do Notariado brasileiro – Migalhas. Acesso em 19 de outubro de 2024.

LEITÃO, Gustavo dos Reis. **O plano de recuperação judicial e os limites para a intervenção do poder judiciário**. 127 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.

LOBO, Jorge. Comentários aos arts. 35 a 69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos H. (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial:** da atividade e dos documentos notariais. Salvador: Juspodivm, 2016.

LYDENBERG, S. D. **Corporations and the public interest:** guiding the invisible Hand. São Francisco: Berret-Koehler, 2005.

MACHADO, Daniel. O novo Código civil brasileiro e a teoria da empresa. n. 15, p. 9–16, jul./set., São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2000. Disponível em: << doc13-libre.pdf (d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net)>> Acesso em 05 de agosto de 2024.

MACHADO, P. M. F. L. **Os cartórios e o advento da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: «OS CARTORIOS E O ADVENTO DA CONSTITUIO FEDERAL DE 1988.pdf» Acesso em 20 de outubro de 2024.

MARTIN, Nathalie; TAMA, Ocean. **Inside Bankruptcy law – what matters and why.** New Iorque: Wolthers Kluwer, Aspen Publishers, 2008, p. 26. Disponível em: <Inside Bankruptcy Law: What Matters & Why - Nathalie Martin, Ocean Tama - Google Livros> Acesso em 14 de agosto de 2024.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1.827, 2015. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385/14138>. Acesso em: 02 de setembro de 2024.

MESQUITA, R. P. e RANZANI, A. C. A. A duração do processo falimentar e as tentativas de maior eficiência. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: «A duração do processo falimentar e as tentativas de maior eficiência» Acesso em 05 de fevereiro de 2025.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** V. 30. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1960.

NAHAS, Fernando W B. Recuperação extrajudicial: natureza jurídica, modalidades e comentários sobre institutos semelhantes no direito estadunidense, argentino, francês e português. **Revista de Direito Empresarial**, v. 16, p. 129-172, 2016.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NAVARRO, Trícia. **Justiça Multiportas.** São Paulo: Editora Foco, 2024.

OSTIA, P. H. R. **Conciliação e acesso à justiça:** um estudo qualitativo dos centros judiciais de solução de conflitos e cidadania. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

PATAH, Priscila Alves. Separação e divórcio – uma visão atual. Desjudicialização e as serventias extrajudiciais – escrituras públicas de separação e divórcio. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Ano 2, n. 6, p. 1217-1241, 2016. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_1217_1241.pdf> Acesso em 26 de outubro de 2024.

PEDRO, C. M da C. **Por que não é possível transportar o Chapter 11 para a Lei de Recuperação Judicial e de Falências brasileira?** Fundamentos do Direito da Empresa em Crise. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 9. Disponível em: <Microsoft Word - Carolina Mansur - Fundamentos do direito da

empresa em crise. Por que não é possível transportar o chapter 11 para a lei 11.101.docx (usp.br)> Acesso em 15 de agosto de 2024.

PEREZ, A. H. **Negócios jurídicos processuais** – convenções processuais e calendário no CPC/2015. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 53.2004**. Disponível em: <DL n.º 53/2004, de 18 de março (pgd lisboa.pt)> Acesso em 16 de agosto de 2024.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V.1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIVERA, Julio César. El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio. **Revista de Derecho Comparado**, nº 15, p. 11. Disponível em: <<http://www.rivera.com.ar/publications.pdf>>. Acesso em 12 de agosto de 2024.

RODRIGUES FILHO, O. J. **Processo de recuperação judicial**: consensualidade e jurisdição. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência** – teoria e prática. 8 ed., rev., atual., reform. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2025.

SANTOS, Paulo P. A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de dezembro de 2020. **Migalhas**. Disponível em: «A recuperação extrajudicial e as alterações da lei 14.122, de 24 de- Migalhas» Acesso em 29 de agosto de 2024.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência** – teoria e prática na Lei 11.101/2005. 4 ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023.

SCHMIDT, G. R.; BUMACHAR, J. H. Sistema de Pré-Insolvência Empresarial - mediação e conciliação antecedentes. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution**, v. 7, p. 103-118, 2022.

SILVA FILHO, R. M. da. **A natureza jurídica das serventias extrajudiciais e de seus emolumentos**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2017.

SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. A recuperação extrajudicial realizada por tabelião de protestos como forma de acesso à justiça e aplicação dos direito humanos. **Humanidades & Inovação**, v. 8, p. 214-232, 2021.

SOUZA, M. R. de. **A atuação do tabelionato de notas como instrumento de acesso à justiça**: possibilidades diante de uma visão mais atual do acesso à justiça. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, 2019.

SOUZA, José Volpato de. **Serventias extrajudiciais**: prática correicional. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2009.

STF. Supremo Tribunal Federal. **RE: 255124 RS**, Relator.: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 11/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 08-11-2002 PP-00026 EMENT VOL-02090-05 PP-00887.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.151**, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 8-6-2005, publicada no Diário da Justiça de 28-4-2006.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Pedido de Tutela Provisória (TP) nº 1.049/RJ**, 3^a T., rel. Min. MARCO BUZZI, j. 09.11.2017, publicado em 13.11.2017.

TEIXEIRA, A. B. C. **A empresa-instituição**. 273 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

TIGRE, Paulo Bastos. Paradigmas tecnológicos e teorias econômicas da firma (Uma versão preliminar deste artigo foi publicado na **Revista de Economia Contemporânea da UFRJ**, n. 3, p. 67-111, 1998). PUC/SP, p. 25. Disponível em: <http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_Ciclo_Art_Paulo_Tigre_Paradigmas_Tecnologicos_e_Teorias_.pdf>. Acesso em 05 de agosto de 2024.

TOLEDO, P. F. C. S. de. **A empresa em crise no direito francês e americano**. 114f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1987.

VAZ, J. C. M. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. 207 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

WATANABE, L. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento dos conflitos de interesses**. Parecer. Disponível em: <[ParecerDesKazuoWatanabe.pdf](http://www.tjsp.jus.br/area-externa/pareceres/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf)> Acesso em 11 de setembro de 2024.

APÊNDICE A – ESBOÇO DE MINUTA DE ESCRITURA PÚBLICA DE RECUPERAÇÃO EXRAJUDICIAL CONSENSUAL

ESCRITURA PÚBLICA DE ACORDO DE RECUPERAÇÃO EXRAJUDICIAL, NA FORMA ABAIXO:

Saibam quantos, esta pública escritura de ACORDO DE RECUPERAÇÃO EXRAJUDICIAL, virem que no ano de dois mil e vinte e cinco (2025), aos _____ (00) dias do mês de _____, no _____ de _____ Comarca de _____, no Cartório de Notas de _____, compareceram perante mim tabelião, partes entre si, justas e contratadas a saber: Como outorgantes e reciprocamente outorgados a Empresa _____ com sede na XXXXXX, inscrita no CNPJ sob nº XXXXX, com alteração de seu Contrato Social Consolidado, registrado na Junta Comercial do Estado do XXXX - (JUCES) sob nº. XXXXXXXXX, em XX de fevereiro de XXXX , sob NIRE XXXXXX, conforme cópia arquivada nestas notas, neste ato, representada por seu sócio administrador, o Sr. XXXXXXXXX , brasileiro, maior, capaz, engenheira química, nascida aos _____ de setembro de mil novecentos e noventa (1990), em /ES, filha de XXXXXX e de Dona XXXX, portadora da Carteira de Identidade RG XXXXX -SSP-SP e do CPF número XXXXXXXX, residente XXXXXX; o Sr. XXXXXX, brasileiro, maior, capaz, engenheira química, nascida aos _____ de setembro de mil novecentos e noventa (1990), em /ES, filha de XXXXXX e de Dona XXXX, portadora da Carteira de Identidade RG XXXXX -SSP-SP e do CPF número XXXXXXXX, residente XXXXXX; o Sr. XXXXXX, brasileiro, maior, capaz, engenheira química, nascida aos _____ de setembro de mil novecentos e noventa (1990), em /ES, filha de XXXXXX e de Dona XXXX, portadora da Carteira de Identidade RG XXXXX -SSP-SP e do CPF número XXXXXXXX, residente XXXXXX; o Sr. XXXXXX, brasileiro, maior, capaz, engenheira química, nascida aos _____ de setembro de mil novecentos e noventa (1990), em /ES, filha de XXXXXX e de Dona XXXX, portadora da Carteira de Identidade RG XXXXX -SSP-SP e do CPF número XXXXXXXX, residente XXXXXX e o Sr. XXXXXX, brasileiro, maior, capaz, engenheira química, nascida aos _____ de setembro de mil novecentos e noventa (1990), em cidade/UF, filha de XXXXXX e de Dona XXXX, portadora da Carteira de Identidade RG XXXXX -SSP-SP e do CPF número XXXXXXXX, residente

XXXXXXX. Comparecendo ainda, como advogada assistente, a Doutora XXXX, brasileira, casada, advogada, inscrita na OAB/UF sob número XXXXX e no CPF número XXXXXX, com escritório na avenida XXXX, centro, em cidade, Estado do XXXXX; todos identificados por mim tabeliã substituta, conforme documentos mencionados, do que dou fé. Pela empresa, acima, mencionada e os demais comparecentes representados e assistidos por sua advogada acima mencionada, me foi requerido que seja feito o presente acordo judicial, com base nos artigos, da lei de falências e recuperação de empresa, declaram o seguinte: PRIMEIRO - Trata-se de pedido de homologação de recuperação extrajudicial formulado, pela empresa XXXXXX, objetivando abranger dívida trabalhista e quirografária (art. 83,I e VI, LRF), no valor total de XXXXX, já tendo obtido a aprovação do plano por, créditos que representam 89,81% (oitenta e nove vírgula oitenta e um por cento) do montante total. SEGUNDO: plano de recuperação extrajudicial, foi definido conforme consta no acordo extrajudicial, conforme o seguinte (TRANSCREVER O ACORDO), acerca dos credores trabalhistas, TERCEIRO: participação do sindicado dos trabalhadores na indústria de XXXXXXXX, descrita nas folhas XX, no acordo mencionado. QUARTO: nomeação do administrador judicial designado pelo Ministério Público, folhas XX, do acordo. QUINTO: edital publicado no Tribunal de Justiça do XXXX (TJXX) em XX/XX/XXXX (ID XXXX). SEXTO: os credores, aceitaram como foi definido no acordo, folhas XXXXX, não sobrevindo impugnação dos mesmos. SÉTIMO: as fazenda públicas (União, Estado XXX e Município de XXXX) foram devidamente intimadas sem manifestações contrárias, tudo conforme sentença prolatada em XXXX, OITAVO: sendo possível as transações entre as partes Superado o prazo legal sem impugnações, na forma do artigo 164, § 5º da LREF. NONO: aceitam a homologação do presente acordo do plano de recuperação extrajudicial, constituindo assim título executivo, e obrigando a todos os credores por ele abrangidos. DÉCIMO: tendo a empresa condições de se soergue, cuja crise de liquidez será superada por seus créditos ou suas operações no mercado financeiro, comprido a função social que exige sua preservação, mas dando oportunidade aos credores, DÉCIMO PRIMEIRO: Visando, sanear a economia, retirando do mercado um agente deficitário para que os seus ativos sejam realocados e assumidos por outras empresas capazes de produzir, gerar empregos e circular riquezas, produzindo os benefícios econômicos e sociais delas esperados. DÉCIMO SEGUNDO: Tendo os credores, real ciência da atual situação econômica-financeira do grupo recuperando, especialmente de suas dívidas

junto aos outros credores, para que possam aferir, com clareza, DÉCIMO TERCEIRO: A empresa devedora deverá conseguir satisfazer suas obrigações nos moldes delineados no plano de recuperação proposto, conforme consta na sentença folhas XXX, dos autos número XXX, da comarca de XXXXXXXX. Declarações finais: Os comparecentes declaram sob as penas da Lei, que a presente escritura, está de acordo com a normas previstas na Lei de falência número XXXX, concordando com todos os atos que se fizerem necessários, objeto do presente instrumento. Assim convencionados, pediram-me que lhes fizesse a presente escritura, nestas notas, o que feito, sendo-lhes lida em voz alta, acharam conforme, aceitaram, outorgaram reciprocamente e assinam.

APÊNDICE B – SUGESTÃO LEGISLATIVA: MINUTA DE PROJETO DE LEI

Projeto de Lei nº....

Dispõe sobre a implementação da mediação e da conciliação antecedentes ou incidentes aos processos de recuperação judicial no tabelionato de notas, e dá outras providências sobre o procedimento de recuperação extrajudicial nos cartórios. Altera a Lei nº 11.101/2005.

Art. 1º. Fica autorizada a mediação e a conciliação antecedente ou incidente ao processo de recuperação judicial no tabelionato de notas, bem como o procedimento de recuperação extrajudicial nos cartórios.

Art 2º. Aplica-se ao procedimento de mediação e conciliação no tabelionato de notas a previsão dos arts. 20-C a 20-D da Lei nº 11.101/2005, sendo a homologação judicial e a publicidade do acordo meramente facultativa, que cabe apenas quando todas as partes estiverem de acordo.

Parágrafo único. A recusa de homologação judicial não impede que o acordo produza os efeitos jurídicos perante aqueles que firmaram compromisso legal no tabelionato de notas, salvo nos casos de ilegalidade ou fraude.

Art. 3º. O Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, manterá, além do cadastro ativo de mediadores e conciliadores vigente no âmbito das serventias extrajudiciais, um cadastro específico de mediadores e conciliadores capacitados em litígios empresariais, que deverá ser escolhido pelas partes, e, em nenhum caso, poderá ter sua eleição decretada por qualquer juiz ou tribunal.

Art. 4º. A conciliação e a mediação do tabelionato de notas poderá tramitar pelo prazo máximo de 1 (um) ano, a contar da data de aceite do convite para iniciar as tratativas de acordo, e poderá ser prorrogado apenas uma única vez, em comum acordo entre as partes. Caso contrário, deverá ser arquivada na respectiva serventia, sem prejuízo de poder ser novamente instaurada pelas partes, hipótese em que poderá tramitar somente pelo período excedente.

Art. 5º. Ficam suspensas os direitos, ações e execuções e decretação de falência pelos credores a partir da aceitação de iniciar as tratativas de acordo.

Parágrafo único. É facultada à parte devedora solicitar a obtenção de tutela de urgência cautelar, para suspender direitos, ações e execuções e decretação de falência pelos credores não sujeitos ao acordo, hipótese em que deverão ser observadas as condicionantes do art. 20-B, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

Art. 6º. Quaisquer irregularidades reportadas no procedimento de que trata esta lei poderá ser levado a conhecimento do Ministério Público e do Poder Judiciário, e, em caso de fraude, deverá ser anulada judicialmente, a fim de que não produza efeitos jurídicos.

Parágrafo único. Observadas as situações da Lei nº 10.406/2002 e da Lei nº 11.101/2005, o prazo para requerer a anulação do acordo será de 3 (três) anos em se tratando de nulidade relativa e de 5 (cinco) anos em se tratando de nulidade absoluta, a contar da data da respectiva ciência das partes da homologação do acordo firmada pelo tabelião ou pelo juiz, ou sendo outra o motivo de anulação, da data da ciência do respectivo ato ou fato jurídico.

Art. 7º. É vedado que o procedimento de que trata esta lei possa tramitar no tabelionato de protestos, ou em serventias extrajudiciais que não sejam o tabelionato de notas.

Art. 8º. O procedimento de que trata esta lei fica, desde logo, regido pelo Provimento nº 67/2018 (e respectivas atualizações) do Conselho Nacional de Justiça sobre conciliação e mediação, devendo o citado Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 1 (um) ano, empreender estudos e fazer as devidas adaptações necessárias e expedir as recomendações pertinentes às Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados quanto aos atos e às respectivas etapas procedimentais, visando à qualidade, à eficiência, à agilidade, à legalidade, à moralidade e à transparência da conciliação e da mediação antecedentes ou incidentes aos processos de recuperação judicial.

Art. 9º. O procedimento de recuperação extrajudicial dispensa o caráter híbrido e também pode tramitar, exclusivamente, no tabelionato de notas, aplicando-se-lhe as vedações desta lei e a facultatividade da homologação judicial, que apenas é cabível

na hipótese de consenso de todas as partes quanto à submissão do pedido de homologação ao Poder Judiciário.

§ 1º Aplica-se, no que couber, todas as disposições atinentes à recuperação extrajudicial no âmbito do tabelionato de notas, conforme os artigos 161 a 167 da Lei nº 11.101/2005, excluindo-se somente aqueles dispositivos que tratam da atuação judicial.

§ 2º Na hipótese de as partes escolherem submeter o plano de recuperação extrajudicial segundo a sistemática da Lei nº 11.101/2005, ou decidirem por submeter apenas o acordo obtido extrajudicialmente nos cartórios à homologação do Poder Judiciário, serão observadas as disposições legais pertinentes dos artigos 161 a 167 da Lei nº 11.101/2005.

§ 3º A recusa de homologação judicial não impede que o acordo produza os efeitos jurídicos perante aqueles que firmaram compromisso legal no tabelionato de notas.

§ 4º O parágrafo anterior não se aplica nos casos de ilegalidade ou fraude, ocasião em que os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes não prevalecerão sobre a recusa do pedido homologatório.

§ 5º A não homologação do plano de recuperação extrajudicial no tabelionato de notas poderá ser reclamada em juízo, com novo pedido homologatório, assim como eventuais vícios ou fraudes constatados na sua condução.

§ 6º Na hipótese de eventuais vícios ou fraudes constatados na condução da recuperação no âmbito dos cartórios, o Ministério Público e as partes interessadas terão legitimidade para provocar a atuação judiciária, ocasião em que deverão observar os prazos do parágrafo único do art. 6º desta Lei.

§ 7º O Conselho Nacional de Justiça poderá aprovar resolução específica para criar ou adequar o rito da recuperação extrajudicial previsto na Lei nº 11.101/2005 no âmbito dos cartórios.

§ 8º Após um ano de vigência desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça emitirá o resultado de estudo a respeito da eficácia da recuperação extrajudicial nos cartórios, para propor alterações, reformas e eventuais ajustes, com a finalidade de aprimorar o sistema multiportas de acesso à Justiça no âmbito da recuperação de empresas.

Art. 10. Esta lei entrará em vigor na data da publicação, com a revogação de todas as disposições em sentido contrário.

Local e data.