

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LARISSA EZEQUIEL DE ARAÚJO

**ATIVISMO JUDICIAL: uma análise à luz da recuperação judicial da Oi S.A. e da
Lei 11.101/2005**

RECIFE
2018

LARISSA EZEQUIEL DE ARAÚJO

**ATIVISMO JUDICIAL: uma análise à luz da recuperação judicial da Oi S.A. e da
Lei 11.101/2005**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina Othon
Lacerda Andrade

RECIFE
2018

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Araújo, Larissa Ezequiel de.
A663a Ativismo judicial: uma análise à luz da recuperação judicial da Oi S.A. e da Lei 11.101/2005 / Larissa Ezequiel de Araújo - Recife, 2018. 49 f.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Ativismo judicial. 3. Recuperação judicial. 4. Poder judiciário. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019-179)

FACULDADE DAMAS DA INTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LARISSA EZEQUIEL DE ARAÚJO

ATIVISMO JUDICIAL: uma análise à luz da recuperação judicial da Oi S.A. e da Lei 11.101/2005

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

Examinador(a)

Dedico este trabalho à Deus, por ser sempre presente em minha vida, e aos meus pais, Joseane e Lameck, por quem tenho amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, que me acompanha a todo momento, por me permitir alcançar mais uma graça diante de todas as dificuldades enfrentadas, me concedendo saúde e força para nunca desistir.

À minha mãe e melhor amiga, Joseane, por todo amor e atenção dedicados à minha criação, pois foram fundamentais na construção do meu caráter. Por sempre me amparar nos momentos mais difíceis, acreditando no meu potencial, e que tudo daria certo ao final.

Ao meu pai, Lameck, por toda dedicação aos meus estudos e sonhos. Por estar sempre disposto a dar um conselho e a me incentivar a sempre buscar o melhor na minha vida profissional e pessoal.

À minha irmã, Laís, pelo amor, carinho e cuidado que sempre tivera comigo. Por estar sempre presente me fazendo lutar pelos meus objetivos.

Ao meu namorado, Lucas, aquele que não mede esforços em me fazer feliz, mesmo nos momentos de angústia. Pela paciência nessa longa e árdua caminhada, acreditando em mim e sempre me apoiando a seguir em frente.

Aos meus professores acadêmicos, em especial à minha orientadora Renata Andrade e a Ricardo Silva, pela dedicação, paciência, pelas palavras, e por todo o auxílio na construção da presente pesquisa. Vocês foram fundamentais para o encerramento de mais um ciclo.

Por fim, aos meus amigos pessoais e profissionais, por todo o acolhimento, carinho, e todos os momentos que com certeza irei levar comigo para sempre, pois são muito importantes para a minha trajetória.

“Renda-se, como eu me rendi. Mergulhe no que você não conhece como eu mergulhei. Não se preocupe em entender, viver ultrapassa qualquer entendimento”.

(Clarice Lispector)

RESUMO

O processo de recuperação judicial da Oi S.A. por ser, atualmente, o maior da história empresarial brasileira está em grande destaque, especialmente, pelo caráter ativista das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Neste contexto, quais são os limites da atuação judicial para inovar na interpretação da legislação no sistema de *civil law*, notadamente quanto à aplicação da Lei 11.101/2005 na recuperação judicial da Oi S.A? O ativismo judicial no caso em epígrafe serve para analisar a atual conjuntura da Lei de Recuperação Judicial e Falências e os limites da atuação do Judiciário. O presente trabalho tem como principal objetivo analisar o ativismo judicial em face do julgamento de decisões contrárias à legislação no caso prático da recuperação judicial da Oi S.A, e a quebra da segurança jurídica da legislação como principal consequência. Para tanto, a pesquisa é desenvolvida para auxiliar o meio acadêmico do direito, apresentando novos rumos que o direito empresarial pode tomar a partir do estudo desse caso prático para garantir no futuro a manutenção do sistema brasileiro de *civil law*, em detrimento do crescente ativismo judicial. Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário deve limitar-se a interpretar a lei notadamente quanto a questões que permitam a análise do órgão julgador, sem ferir a tripartição de poderes, não justificando, portanto, a análise de dispositivos meramente taxativos da legislação. A metodologia utilizada na pesquisa é descritiva, bibliográfica, pelo método indutivo. Através da análise concluiu-se que os limites da inovação do direito pelo órgão julgador devem ser nitidamente identificados mediante critérios objetivos estabelecidos nos autos do processo já julgado, de modo que tal inovação represente a garantia da justiça, e a preservação da legislação.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Recuperação judicial. Poder judiciário.

ABSTRACT

Oi S.A.'s judicial recovery process, as it is currently the biggest in Brazilian's business history, is especially prominent because of the activist nature of the decisions handed down by the Judiciary. In this scenario, what are the limits of the judicial action to innovate in the interpretation of legislation in the civil law system, notably regarding the application of Law 11.101/2005 in the judicial recovery of Oi S.A? The judicial activism in this particular case serves to analyze the current situation of the Judicial Recovery and Insolvency Law and the limits of the Judiciary's performance. The main objective of this work is to analyze judicial activism due to the judgment of decisions oncoming the legislation in the practical case of the judicial recovery of Oi S.A and the rupture of legal safety as the main consequence. To do so, the research is developed to help the academic community, presenting new directions that business law can take from the study of this practical case to ensure in the future the maintenance of the Brazilian's civil law system, to the detriment of growing judicial activism . In this regard, the actions of the Judiciary should be limited to interpreting the law, notably in relation to the matters that allow the analysis by the judicial authority, without affecting the tripartition of powers, thus not justifying the analysis of purely legal adamant of the legislation. The methodology used in the research is descriptive, bibliographic, by the inductive method. Through the analysis it was concluded that the limits of the innovation of the law by the judicial authority must be clearly identified by employing quality criteria established in the proceedings of the process already judged, so that such innovation represents the guarantee of justice, and the preservation of the legislation.

Keywords: Judicial activism. Judicial recovery process. Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
LRF	Lei de Recuperação e Falência de Empresas
REsp	Recurso Especial
S.A.	Sociedade Anônima
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TNL	Tele Norte Leste

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FORMAÇÃO DOS SISTEMAS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>.....	13
2.1 O sistema de <i>civil law</i>	13
2.2 O sistema de <i>common law</i>	15
2.3 O sistema jurídico dominante no Brasil	19
3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	23
3.1 Perspectiva histórica da legislação falimentar.....	23
3.1.2 Código Comercial de 1850	25
3.2 Da Concordata à Recuperação Judicial	26
3.2.1 Decreto-Lei nº 7.661/1945.....	26
3.2.2 Lei 11.101/2005.....	28
3.3 A recuperação judicial da Oi S.A.....	33
4 O ATIVISMO JUDICIAL E A EXPERIÊNCIA NO DIREITO FALIMENTAR.....	36
4.1 A Judicialização e o ativismo judicial.....	36
4.2 A crítica do ativismo judicial e o perigo da insegurança jurídica.....	40
5 CONCLUSÃO	45
6 REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da atividade empresarial decorre de diversos fatores de ordem política, jurídica e social com o intuito de fazer circular bens e serviços na sociedade. Assim, como toda atividade econômica, está sujeita a efeitos positivos e negativos. A Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei nº 11.101/2005) pressupõe que efeitos negativos estejam impedindo a empresa de seguir com o normal exercício de suas atividades, bem como a existência de um devedor insolvente e de credores em busca da satisfação de seus créditos, a exemplo do caso da empresa Oi S.A.

A Oi S.A. requereu a sua recuperação judicial em 20 de junho de 2016, com base na lei supracitada, cujo processamento foi deferido em 29 de junho do mesmo ano, pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, sob o número de processo 0203711- 65.2016.8.19.0001.

A recuperação judicial em análise nesta pesquisa é a maior na história empresarial brasileira, especialmente em razão da dívida da empresa ser estimada em 65,4 bilhões de reais, o que proporciona uma gama de desafios a serem enfrentados pelos advogados, pelo Administrador Judicial, mas, principalmente, pelo Poder Judiciário.

Neste diapasão, sob o argumento da magnitude e complexidade do processamento deste caso, a atuação judicial no curso do referido processo promoveu decisões em desconformidade com o delineado pela lei específica, criada para a recuperação judicial do empresário e da sociedade empresária, o que permite uma aprofundada análise dos limites e consequências da atuação judicial, como também o reflexo de tal questão na continuidade do próprio direito.

O ativismo judicial no presente caso cria, por fim, um sistema paralelo ao alcançado pela Lei 11.101/05, vez que se afasta do sistema jurídico adotado pelo Brasil, qual seja *civil law*, ao interpretar a lei específica criada para a matéria da recuperação judicial de forma distinta, sem se preocupar, contudo, com as consequências que tais interpretações podem trazer no âmbito empresarial para a manutenção, ou não, da respectiva lei.

Portanto, o problema da pesquisa é saber quais são os limites da atuação judicial para inovar na interpretação da legislação no sistema de *civil law*, notadamente quanto à aplicação da Lei 11.101/05 na recuperação judicial da Oi S.A., sem violar o princípio da tripartição de poderes e o sistema jurídico brasileiro?

O sistema de *civil law*, estrutura jurídica oficialmente adotada pelo Brasil, consiste na utilização da Lei como principal fonte do Direito. Contudo, a partir do momento em que o Poder Judiciário julga em discordância com uma lei específica criada para um conjunto de casos semelhantes, o ativismo judicial predomina em detrimento do sistema de *civil law*, o que proporciona uma quebra da segurança jurídica em relação à norma vigente.

No caso prático estudado nesta pesquisa, o Poder Judiciário ultrapassou os limites de sua atuação ao prorrogar prazos notadamente improrrogáveis alcançados pela Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei nº 11.101/2005), permitindo que futuras empresas em regime de recuperação judicial sejam beneficiadas com decisões permissivas da Corte Superior.

Sendo assim, o objetivo geral consiste em analisar o ativismo judicial em face do julgamento de decisões contrárias à Lei 11.101/05 no caso prático da recuperação judicial da Oi S.A., levando-se em consideração a quebra da segurança jurídica da norma específica.

Primeiramente, objetiva-se apresentar os dois sistemas jurídicos do mundo contemporâneo, quais sejam *civil law* e *common law*, e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, tenciona-se expor uma breve perspectiva histórica da legislação falimentar e descrever o caso escolhido para analisar a atuação judicial, qual seja a recuperação judicial da Oi S.A.. Por fim, busca-se discutir a atuação judicial do Poder Judiciário frente à aplicação da Lei 11.101/2005, objetivando garantir a segurança jurídica da Norma em outros casos de recuperação judicial.

Para tal, a metodologia de pesquisa utilizada é a indutiva, tendo em vista que será parte da análise de um caso concreto, específico, para obter uma premissa geral que possa ser aplicada a outros casos semelhantes. No tocante aos objetivos, a pesquisa é descritiva, pois visa retratar as nuances do objeto estudado, expondo com exatidão os fatos e fenômenos do tema. Quanto ao procedimento, este tem natureza bibliográfica, posto que a investigação realizada, de caráter essencialmente teórico, disporá de artigos, livros e outros textos de caráter científico.

No intuito de delinear a problemática presente nesta pesquisa, o primeiro capítulo serve para trazer as principais características e a formação dos sistemas de *common law* e *civil law*, assim como expor qual o sistema dominante no ordenamento jurídico brasileiro, e a importância do mesmo no caso específico da oi.

Logo após, no segundo capítulo, a perspectiva histórica da legislação falimentar é brevemente apresentada com a finalidade de introduzir o instituto da recuperação judicial, advindo com a Lei 11.101/05, assim como são expostas as questões pertinentes ao caso da oi e ao processamento da recuperação judicial da empresa.

No terceiro capítulo, a definição de ativismo judicial é introduzida no contexto, tendo em vista ser a questão central relativa às decisões proferidas no curso da ação de recuperação judicial. Por fim, há uma discussão se a atuação judicial no presente caso ocasiona a quebra de segurança jurídica da norma específica, e qual as medidas que devem ser tomadas para garantir a soberania da mesma em outros casos semelhantes ao apresentado nesta pesquisa.

2 FORMAÇÃO DOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Os sistemas jurídicos são estruturas normativas que, obrigatoriamente, regulam as diversas relações jurídicas existentes em uma sociedade, externando-se como uma unidade de ideais, princípios e normas disciplinadoras.

Gallo (2014, p. 233) afirma que “estudar bem a história do direito é imprescindível para compreender o atual funcionamento do sistema jurídico e dos institutos que o compõem”.

Dessa forma, para a percepção do problema da presente pesquisa, é essencial o estudo da perspectiva histórica e da formação dos dois mais relevantes modelos jurídicos existentes, quais sejam *civil law* e *common law*, assim como a análise das influências dos sistemas e a preocupação com a segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 O sistema de *civil law*

O sistema Romano-Germânico surgiu entre os séculos XII e XIII no período marcado pelo Renascimento na Europa Ocidental, durante o qual a manifestação dos ideais renascentistas no plano jurídico fez a sociedade ter a convicção de que “só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso” (DAVID, 2002, p. 39), caracterizando, assim, a ruptura entre o direito e a religião.

Nesse contexto, o Direito Romano foi recepcionado na Europa por intermédio das universidades, inicialmente na Universidade de Bolonha na Itália, sendo visto como direito básico, juntamente com o Direito Canônico. O principal aspecto desse direito consiste no fato das regras servirem como preceitos de conduta, inclusive em consonância com a moral e a justiça, buscando regulamentar as relações entre os cidadãos.

Em Roma, o berço da família romano-germânica, adotou como fonte do direito, uma série de textos que abrangem tanto a legislação como a doutrina. E quem determinava o direito era um poder superior que manifestava sua vontade pela positivação das normas de conduta. Por essa

razão, a família romano-germânica é caracterizada francamente pela noção de direito codificado e positivado (LEITE, 2017, p. 3).

Dessa forma, essa sistemática foi fundamental para o desenvolvimento do raciocínio jurídico nas universidades, principalmente na evolução do ensino do direito, pois “os juristas já não procuram encontrar soluções romanas, mas se preocupam sobretudo em utilizar os textos do direito romano para introduzir e justificar as regras adaptadas à sociedade de seu tempo” (DAVID, 2002, p. 45).

No século XIX, contudo, houve uma mudança de paradigma. Os abusos dos privilégios dos nobres, do clero e, inclusive, dos magistrados, culminaram na Revolução Francesa, por meio da queda da monarquia absolutista e o crescimento da burguesia e do caminho traçado pelo Parlamento ao poder.

Desse marco histórico, surge um novo ideal jurídico para atender as carências da sociedade da época. A atividade dos juízes passou a ser controlada e limitada apenas a função de aplicação literal da norma, com o objetivo de evitar que os magistrados interpretassem a lei a partir de seus interesses particulares.

A partir desse momento, a lei torna-se o objeto central do direito, enquanto os juízes assumem a função de “boca da lei”, pois não podiam interpretar a legislação, mas tão somente aplicá-la.

Cumprido salientar que a principal intenção dos criadores desse novo direito foi assegurar a isonomia, pois a lei era igual para todos e representava a vontade da nação, o que posteriormente deu início a um intenso processo de codificação (GALIO, 2014, p. 237).

A codificação, por sua vez, surge como a transformação em direito positivo dos princípios jurídicos ensinados nas universidades, após os juristas estarem convencidos de que esse seria o modelo ideal de justiça. René David afirma que “a codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde há séculos nas universidades” (DAVID, 2002, p. 65).

Esse processo de codificação objetivava a unificação de um sistema jurídico que, na prática, consagrasse “os novos princípios de justiça, de liberdade e de dignidade do indivíduo” (Ibidem, p. 67), tendo em vista que era a vontade da sociedade que a cada dia tornava-se mais complexa pós Revolução Francesa.

Dessa forma, a codificação pôs fim à fragmentação do direito, proporcionando maior segurança jurídica às decisões que eram tomadas nos

tribunais. “A codificação, então, permitiu: assegurar a posição jurídica dos cidadãos; esclarecer a elaboração e da motivação da sentença judicial; e a organização da jurisprudência” (HASSEMER, 2013, p. 286).

Contudo, importa destacar que esse movimento também apresentou consequências desastrosas, tendo em vista que “perdeu-se de vista a tradição das universidades, que era a de orientar a procura de um direito justo, de propor um direito modelo” (DAVID, 2002, p. 68), e os juristas se conformaram com o positivismo legislativo.

Para René David, “o direito passou a confundir-se com a ordem do soberano, deixou de se confundir com a justiça” (Ibidem, 2002, p. 69), pois o processo de codificação fez surgir um movimento de nacionalismo jurídico baseado na ideia de que cada nação deveria ter suas próprias leis. Assim, “o direito nacional e o cosmopolita direito romano deram lugar a diferentes ordem jurídicas nacionais baseadas em códigos nacionais e na administração nacional da justiça” (CAENEGEM, 1999, p. 21).

Ademais, aprisionar o direito em códigos consiste em uma atividade contrária a evolução da sociedade, uma vez que a tendência é que os códigos se tornem obsoletos em comparação a complexidade da sociedade moderna.

O envelhecimento dos códigos atenuou, se é que não eliminou, a atitude de positivismo legislativo dominante no século XIX. Reconhecemos cada vez mais abertamente a função essencial que pertence à doutrina e à jurisprudência na formação e evolução do direito, e nenhum jurista pensa mais que apenas os textos legislativos sejam importantes para conhecer o direito (DAVID, 2002, p. 70).

Atualmente, essa crise pós-codificação vem cedendo espaço a uma crescente aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, pois, apesar dos códigos ainda serem amplamente utilizados nos países de tradição romano-germânica, é observado pelos juristas a necessidade de interpretação da lei com base na doutrina e jurisprudência.

2.2 O sistema de *common law*

Para René David, “a *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito

inglês” (DAVID, 2002, p. 351). Também denominado de direito comum, esse sistema se desenvolveu de forma autônoma na Inglaterra, fruto de uma longa evolução que não foi marcada por nenhuma revolução (Ibidem, p. 355), como ocorreu no sistema de *civil law*.

A perspectiva histórica do direito inglês compreende quatro principais períodos: o período anglo-saxônico anterior à conquista normanda de 1066; o segundo período se inicia em 1066 e segue até o advento da dinastia dos Tudors em 1485; o terceiro período (1485-1832) marcado pela rivalidade com a *equity*; e, por fim, o período que se inicia em 1832 e continua até hoje, denominado de período moderno (DAVID, 2002, p. 356).

O período anglo-saxônico surgiu após o fim do domínio romano sobre a Inglaterra, em que várias tribos de origem germânica dividiram entre si o território inglês. O direito da época surge após a conversão da Inglaterra ao cristianismo, e diz respeito a leis anglo-saxônicas que “apenas regulam aspectos muito limitados das relações sociais às quais se estende a nossa concepção atual de direito” (Ibidem, p. 357).

A conquista da normanda por Guilherme I, em 1066 deu início ao segundo período, e mais importante, do direito inglês, tendo em vista que foi determinante para o surgimento da *common law* na Inglaterra. Essa conquista possibilitou o surgimento do feudalismo na Inglaterra, período consagrado por um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia” (Ibidem, p. 358).

Tendo em vista que os senhores normandos dependiam diretamente do rei e, para defender a conquista e suas propriedades se agrupavam ao redor do soberano, o feudalismo na Inglaterra foi bastante diferente daquele desenvolvido em outras nações, uma vez que sua forma de organização foi fundamental para o desenvolvimento da *common law*.

A *common law*, ou *comune ley* na gíria normanda, é o “direito comum a toda a Inglaterra”. Esse domínio comum era competência dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente chamados de Tribunais de Westminster condigno ao lugar onde estavam situados (Ibidem, p. 359). No tocante à competência desses Tribunais, René David preceitua:

O rei exerce apenas a “alta justiça”; só se sente autorizado e só toma conhecimento de um litígio em casos excepcionais: se a paz do reino for ameaçada, se as circunstâncias impossibilitarem que a justiça seja praticada pelos meios normais. A *Curia regis*, onde ele preceitua, assistido pelos seus servidores mais próximos e pelos grandes do reino, é a corte das grandes personagens e das grandes causas; não é uma jurisdição vulgar, aberta a qualquer um (DAVID, 2002, p. 359).

Apesar de, inicialmente, os Tribunais Reais de Justiça terem sido destinados a tratarem de casos excepcionais no reino, esses foram impelidos a aumentarem a sua competência a pedidos dos particulares, “a quem a justiça real surge como muito superior à das outras jurisdições” (DAVID, 2002, p. 361). Assim, no fim da Idade Média, os Tribunais Reais são os únicos a desenvolver a justiça.

Importa salientar que enquanto os juízes da Europa Ocidental estavam focados na codificação do direito, os magistrados ingleses concentravam seus esforços no processo judicial, nas formas de se conseguir os *writs* (autorizações reais para o julgamento de litígios perante os Tribunais Reais), inclusive, na criação de categorias para enquadrar os julgados e na elaboração de diversos conceitos do direito inglês.

Portanto, “a common law não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios” (Ibidem, p. 365).

Diante do excesso de formalismo do direito inglês e dos numerosos casos que eram concentrados nos Tribunais de Westminster, as soluções conferidas aos litígios, através da aplicação da *common law*, não eram consideradas justas, assim como não estavam mais alcançando os interesses da sociedade.

Dessa forma, surgiu um sistema rival que possibilitou aqueles insatisfeitos com as decisões dos Tribunais, ou que não conseguiram o acesso à justiça, que recorressem junto ao rei em um sistema denominado de *equity*, no terceiro período do direito inglês.

Esse sistema de equidade consistia em separar a regra do caso concreto para futura aplicação nos casos semelhantes (CRETILLA, 1986, p. 3). Os recursos eram apresentados ao *Chanceler*, que figurava como uma espécie de representante do rei, e quem analisavam os casos para, posteriormente, repassa-los ao soberano. Portanto, “a *equity* forma um corpo de direito, de conteúdo técnico e jurídico análogo ao *common law* em sentido estrito” (NASCIMENTO, 1984, p. 180).

Importa destacar que tal jurisdição, durante o absolutismo dos *Tudors*, tornou-se amplamente difundida na Inglaterra, inclusive, ameaçou o posto de modelo jurídico oficial da *common law* (GALIO, 2014, p. 241), aliado a figura do *Chancellor* que tornou-se cada vez mais um juiz autônomo em relação ao rei.

O direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência da *common law*. Existiu o risco de serem abandonados pelos pleiteantes os tribunais da *common law* e, conseqüentemente, caírem em desuso, como três séculos antes caíram as *Hundred* e as *County Courts*, quando os tribunais de *Westminster*, então com todo seu brilho, ofereciam aos seus pleiteantes uma justiça mais moderna, administrada segundo um processo superior aos processos tradicionais. (DAVID, 2002, p.373).

Apesar da *equity* não ter substituído o sistema de *common law*, tal jurisdição foi essencial para sanar as falhas existentes naquele sistema, além de atenuar os rigores da lei não escrita. Dessa forma, um compromisso foi firmado entre os dois sistemas, o que possibilitou a coexistência de ambos no direito inglês.

Assim, o direito inglês possui uma estrutura dualista marcada pelas regras da *common law* e pelas soluções da *equity*, que surgiram para completar e aperfeiçoar as regras daquele sistema. “Os tribunais ingleses consideram com muita ponderação, nos nossos dias, as sugestões que lhes são feitas para continuar a obra do Chanceler [...], e para desenvolver ousadamente novas doutrinas de equidade” (DAVID, 2002, p. 375).

O período moderno do direito inglês, por sua vez, é caracterizado por um desenvolvimento, nunca antes visto, da legislação. Nesse momento, após os juristas ingleses se libertarem dos entraves processuais, irão empenhar esforços em sistematizar as soluções conferidas pela *common law* (Ibidem, p. 377).

As *stare decisis* são uma doutrina de precedentes vinculantes, que representam a obrigatoriedade do precedente judicial. Em outros termos, as soluções conferidas pelos tribunais em casos anteriores vinculam a utilização da regra jurídica já constituída, no intuito de manter o que já fora decidido pelo Judiciário como precedente para as próximas decisões (SABINO, 2010, p. 55).

Portanto, aplicar a doutrina de precedentes judiciais quando houver identidade de causas confere uma previsibilidade na solução dos litígios, garantindo uma isonomia jurisdicional e maior segurança jurídica às partes envolvidas.

Ademais, o período moderno ainda possibilitou à Inglaterra uma mudança na organização judiciária, uma vez que surgem os *Judicature Acts* para unificar os dois sistemas então presentes no direito inglês. “Todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *common law* e as de *equity*” (DAVID, 2002, p. 377).

No tocante à distinção com o sistema de *civil law*, importa salientar que na Inglaterra, diferentemente dos países de tradição romano-germânica, não existe uma preocupação com a codificação das leis, principalmente, devido ao fato daquela sociedade não ter vivenciado um período revolucionário, sendo a principal fonte do direito inglês o precedente jurisprudencial.

Contudo, é importante esclarecer que apenas a *ratio decidendi* (ou razões de decidir) é tida para os juristas como vinculante nos precedentes, a qual figura como a regra jurídica extraída do caso concreto.

Diante do exposto, conclui-se que os sistemas de *civil law* e *common law* apesar de terem sido influenciados pelo direito romano de maneiras distintas, estão em gradativa aproximação no mundo globalizado, tendo em vista que o principal objetivo de ambos é a segurança jurídica, seja por meio de códigos ou através dos precedentes. Enquanto a tradição romano-germânica se preocupa com a codificação da legislação e sua vasta aplicação no meio jurídico, o direito inglês, apesar de ter sua produção legislativa, confere protagonismo à jurisprudência, ao costume e, principalmente, aos precedentes judiciais.

Dessa forma, essa influência entre os referidos sistemas ocasiona reflexos nos ordenamentos jurídicos de vários países, como é o caso do Brasil, como será exposto a seguir.

2.3 O sistema jurídico dominante no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro sofreu grandes influências da tradição romano-germânica, o que justifica a intensa produção legislativa que permeia a perspectiva histórica da sociedade brasileira. Dessa forma, o sistema jurídico adotado no Brasil é o de *civil law*, o qual define que “a lei por si só é suficiente e plenamente aplicável, limitando qualquer interpretação do juiz no seu processo de aplicação aos casos concretos” (GALIO, 2014, p. 238).

Assim, a legislação é o ponto central do direito brasileiro, entendimento positivado em seu ordenamento jurídico no artigo 5º, II da CRFB de 1988 através da seguinte redação “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Contudo, é relevante destacar que a recepção das características do sistema de *civil law* no Brasil não significa dizer que tal sistema se desenvolveu de forma idêntica nesse país, uma vez que anteriormente à influência de tal tradição, existia uma civilização que já tinha suas formas de agir e de pensar bem marcadas, o que possibilitou o surgimento de um novo direito.

Ocorre que as mudanças vivenciadas pela sociedade permitem que as relações se tornem mais heterogêneas, e, conseqüentemente, faz com que os casos levados ao judiciário sejam cada vez mais complexos. Nesse diapasão, com o objetivo de conferir soluções mais justas aos litígios, é necessário que haja uma comunicação entre os dois grandes sistemas jurídicos.

No Brasil é possível observar o movimento denominado de “*commonlawlização*”, que significa a atenção que está sendo atribuída às jurisprudências e decisões judiciais, inclusive, à função criadora do magistrado (PORTO, 2006, p. 763).

Tal movimento pode ser observado após a globalização judicial, sendo esse marcado por uma sociedade que partilha interesses e carências, e possibilita uma flexibilização dos instrumentos jurídicos. Essa comunicação dos sistemas jurídicos dirige-se à criação de sistemas jurídicos híbridos, providos de conceitos e ideais próprios à nova realidade advinda após o movimento de globalização.

Todavia, é importante destacar que essa *commonlawlização* em um país de tradição romano-germânica, como, por exemplo, o Brasil, permite que a segurança jurídica conferida, a priori, pela codificação, não seja mantida integralmente após o ativismo judicial que é conferido ao Poder Judiciário.

Esse ativismo judicial consiste na participação mais ampla e criativa dos magistrados em relação ao Poder Legislativo, principalmente em decorrência de existirem lacunas na legislação que impeçam a garantia da justiça.

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil,

impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009, p. 76).

Desta feita, compreende-se que o ativismo judicial deve ser utilizado em caso de omissão do Poder Legislativo com o objetivo de assegurar a melhor solução das demandas sociais e a devida observância dos interesses das partes litigantes.

Ocorre que a Lei 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, trata-se de uma norma específica que dispõe acerca dos requisitos para deferimento do processamento da ação; do procedimento e do plano de recuperação judicial; da classificação e habilitação dos créditos; das funções do administrador judicial, e, inclusive, acerca dos pagamentos dos credores, como será estudado em capítulo próprio.

Nesse caso, a norma específica em epígrafe não deveria ser interpretada de forma diversa do delineado em seus artigos, principalmente, pelo fato de tal ativismo propiciar a quebra da segurança jurídica para as empresas que buscam a recuperação judicial para superação da crise enfrentada.

Na ação de recuperação judicial da Oi S.A., objeto da presente pesquisa, o juiz Fernando Viana, sob o fundamento da magnitude e complexidade do processamento desse caso, prorrogou o prazo de suspensão das ações e execuções contra a empresa por mais 180 dias úteis ou até a realização da assembleia de credores.

Vejamos o art. 6º, § 4º da lei 11.101/05:

Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o **prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias** contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial (Grifo nosso).

Diante do exposto, o ativismo judicial no caso em tela cria um sistema paralelo não contemplado pela lei, ao interpretar um artigo notadamente taxativo, sem atentar para as consequências que essa inovação pode acarretar no âmbito empresarial, inclusive, se tal interpretação pode significar a quebra da segurança jurídica no sistema de *civil law* adotado pelo Brasil.

Por fim, importa salientar que tal sistema enfrenta uma severa crise no Brasil, notadamente quanto à forma que o ativismo judicial está sendo utilizado pelo Poder Judiciário.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 76).

Neste diapasão, Barroso elenca três situações em que a postura ativista encontra embasamento, podendo-se inferir que nas três hipóteses existe uma omissão do Poder Legislativo, ou seja, torna-se necessário o ativismo do Poder Judiciário com o condão de sanar os vícios existentes.

O Judiciário, portanto, deve analisar cada caso concreto e verificar a existência de umas das hipóteses aprontadas acima e, se for observado que houve uma retração por parte do Legislativo, a posição ativista do órgão julgador deve ser adotada, não havendo críticas nesse sentido.

Contudo, no caso do instituto da recuperação judicial não existe lacunas ou omissões na legislação ordinária que enseje uma interpretação ampla por parte dos magistrados, tampouco a aplicação diversa do disposto na norma, tendo em vista que a mesma trata de forma particular o procedimento e os requisitos para o sucesso da recuperação das empresas em crise.

3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A lei 11.101/2005 (LRF) regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. A recuperação judicial, por sua vez, funciona como o instituto jurídico elaborado para assegurar ao empresário a superação de uma crise econômico-financeira.

É importante destacar que a viabilidade econômica da empresa surge como principal requisito da recuperação judicial, uma vez que se não for possível atestar que a empresa, após a solvência de suas dívidas, será capaz de voltar a exercer a sua função social, não há no que se falar em deferimento do processo de recuperação judicial nos termos da LRF.

Contudo, para a análise da legislação vigente e sua importância no estudo da presente pesquisa, é necessário abordar as influências do Código Comercial de 1850 e do Decreto-Lei 7.661/1945 no surgimento do instituto da recuperação judicial no Brasil, até mesmo para demonstrar os aspectos legais que se apresentam suficientes para aplicação direta da lei.

3.1 Perspectiva histórica da legislação falimentar

Com o advento do capitalismo e das novas características decorrentes das relações de comércio em Roma, os comerciantes sentiram a necessidade de elaborar um conjunto de direitos específicos que fossem adaptados para a garantia da segurança jurídica do capitalismo da época, baseado nos ideias da liberdade de iniciativa e na concorrência de mercado.

Assim, o Direito Comercial surge como fruto das concepções e dos costumes dos comerciantes, sendo esse organizado sob os princípios da boa-fé e da confiança, significando uma fragmentação do Direito Privado para atender as necessidades daqueles que praticavam o comércio.

O comércio era mais desenvolvido na Itália, nas cidades de Florença, Genova, Milão e Veneza, onde as peças eram expostas para compra e venda. Entretanto, não era incomum que um comerciante não conseguisse cumprir todas as obrigações. Aos poucos, as dívidas que não eram cumpridas passaram a ser vistas

como o risco inerente a atividade. “o risco econômico já era compreendido como um acontecimento normal da atividade, alcançável a todos, sem necessariamente significar a irresponsabilidade ou má-fé” (VIGIL NETO, 2008, p. 54).

Importa salientar que mesmo que a má-fé não fosse mais notadamente observada pelos comerciantes, o patrimônio do devedor respondia pelas dívidas não quitadas. Dessa forma, os bens, ou valores, que eram encontrados deveriam ser divididos igualmente entre todos os credores.

Embora a Itália tenha sido pioneira na elaboração do Direito Falimentar, não houve a compilação e unidade das legislações por falta de centro político. Dessa forma, a França, enquanto uma monarquia sólida elaborou as primeiras codificações, sendo a principal o Código Comercial francês de 1807. Esse código determinava a isonomia dos credores, a predominância das decisões da maioria, inclusive, manteve a pena de morte para falência fraudulenta.

Em seguida, com a unificação Italiana, houve a concentração legislativa com o surgimento do Código Comercial de 1865, formado por Albertino. Contudo, apenas em 1903, após várias mudanças e criações de novos códigos, surgiu um novo código que instituiu a concordata e constituiu uma disciplina para tratar das pequenas falências, mas tão somente com o Decreto de 1942, o Direito Falimentar tornou-se uma matéria especial.

Apenas em 1938, com o *Chandler Act*, a noção de recuperação de empresas foi suscitada no Direito norte-americano. Através desse instituto, a reorganização da empresa figura como o cerne da questão, substituindo a concordata. Surge como um meio “inspirado em elevados propósitos socioeconômico, pois a insolvência da grande empresa – e se aplica apenas às sociedades anônimas – pode afetar a estabilidade econômica da região em que opera” (REQUIÃO, 1998, p. 13).

No Brasil, apenas em 1850 foi possível o surgimento de uma legislação comercial, após a sobrevivência de sua independência política em 1822. Até então, as relações mercantis eram regidas pelas leis portuguesas e pelos Códigos Comerciais da Espanha e da França.

3.1.2 Código Comercial de 1850

O código comercial no Brasil foi promulgado em 25 de junho de 1850 pela Lei nº 556, após um longo período de redação por uma comissão formada por comerciantes liderada por Silva Lisboa, ou Visconde do Cairu, o mais renomado dos comercialistas brasileiros na época.

Esse código teve como base os Códigos de Comércio da Espanha, da França e, também, de Portugal, regulando o Direito Falimentar em sua terceira parte, intitulada como “das quebras”. Nessa, entende-se que “todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido” (BRASIL, 1850).

Importa salientar que esse código trouxe o instituto da concordata, conhecido, inicialmente, como um acordo firmado entre o devedor e a maioria de seus credores para deixar de efetuar o pagamento dos seus fornecedores e demais encargos e utilizar o capital de giro para reconstituir novamente a sua receita, devendo esse acordo ser fiscalizado por um juiz.

Dessa forma, os credores deveriam se reunir em dois momentos, sendo o primeiro para verificar um relatório do juiz acerca o andamento e os motivos da falência, assim como ter acesso à lista de credores. No segundo momento, os credores discutiam sobre a concordata, a qual não deveria ser aceita em caso de fraude, culpa ou tendo o devedor já recebido o benefício (REQUIÃO, 1998, p. 21-22).

Com o passar dos anos, observou-se que não era possível, através da legislação falimentar, impedir fraudes na atividade comercial. Dessa forma, o código de 1850 passou por críticas severas. Ademais, Bento de Faria assinala que a lei era prejudicial aos credores, um dos motivos que justificou a mudança da legislação (FARIA, 1947, p. 38).

Essa insatisfação com o regime falimentar vigente fez surgir no Brasil várias legislações ordinárias extravagantes para tratarem da falência, tendo em vista que o código de 1850 já não atendia mais os interesses da sociedade comercial. Tais legislações tratavam da matéria da falência como um todo, inclusive acerca da Concordata, entretanto, foi apenas com o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que a Concordata passou a ser vista como um benefício legal concedido pelo

Estado à empresa que busca solucionar sua insolvência, evitando a decretação de falência.

3.2 Da Concordata à Recuperação Judicial

Apesar de a palavra concordata indicar a ideia de um acordo, de uma anuência entre os interesses do devedor e de seus credores, se manifestava como uma espécie de favor legal concedido pelo juiz ao devedor revestido de boa-fé, não sendo mais necessária a concordância dos credores, com o objetivo de dilatar prazos de pagamento e de reduzir ou negociar as dívidas.

Importa destacar que esse instituto não existe mais no direito brasileiro, tendo em vista que foi revogado pela Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que instituiu a recuperação judicial das empresas em crise, conforme será exposto abaixo.

3.2.1 Decreto-Lei nº 7.661/1945

As dificuldades que permeiam o processo falimentar fizeram surgir alternativas para viabilizar a retomada dos ativos da empresa, assim como minorar os prejuízos dos credores e do devedor de boa fé.

Surge, então, a concordata, ato processual realizado pelo magistrado após verificar se o que foi proposto pelo devedor se enquadrava nas exigências descritas na legislação, precisamente em seus artigos 139 a 185, adotando-se, portanto, uma postura mais dinâmica e normativa em relação às legislações anteriores.

A partir desse momento, a concordata adotou uma natureza processual, em que o Estado determinava qual seria o futuro da empresa em dificuldades, retirando toda a autonomia previamente conferida aos credores. De acordo com o artigo 139 da lei, “a concordata é preventiva ou suspensiva, conforme fôr pedida em juízo antes ou depois da declaração da falência” (BRASIL, 1945), ou seja, ela tem o objetivo de evitar a falência ou de suspendê-la.

Dessa forma, o artigo 156, ao dispor que “o devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva” (BRASIL, 1945), prevê a espécie de concordata preventiva para impedir sua declaração de falência, desde que observados os impedimentos e requisitos próprios da norma.

A concordata suspensiva, por sua vez, como sua denominação indica, tem por objetivo suspender uma falência já decretada. Essa é requerida no curso do processo falimentar, precisamente logo em seguida a sentença que declare sua quebra, e busca impedir os efeitos da falência, obstando que a empresa seja liquidada.

Importa destacar que a concordata preventiva é aquela que mais se aproxima da recuperação judicial prevista pela Lei 11.101/05. Nesse instituto, é retomado o caráter contratual devido ao acordo realizado entre o devedor e seus credores, caso sejam cumpridos os requisitos previstos pela lei. O Estado, através da figura do juiz, não interfere no plano de recuperação, posto que sua principal função é fiscalizar o andamento do processo, garantindo a legalidade, e inibir que o pactuado desrespeite a Lei.

Em relação à influência dos credores, importa salientar que a concordata, nesse momento, não precisava mais da anuência dos mesmos, concernindo ao juiz concedê-la ou não. Dessa forma, o princípio do impulso oficial do juiz estava cada vez mais presente, devido à importância da primazia do interesse público.

Rubens Requião enumerou diversos fatores que, devido à nova realidade econômica, fizeram a concordata não mais condizer com os interesses das partes envolvidas no procedimento falimentar. Entre eles: a indignação com a falta de manifestação dos credores quanto à anuência da concordata; o sistema não mais produz os resultados desejados; os credores se manifestam quanto à concordata baseados nos seus interesses individuais, deturpando o ideal coletivo da deliberação; assim como a concordata fica sujeita a um mero favor do juiz, e não mais ao interesse dos credores (REQUIÃO, 1998, p. 24-25).

A falência e a concordata, como instrumentos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso País, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude de inescrupulosos. As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o País, em esplêndida explosão de sua atividade mercantil e capacidade empresarial,

não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fato essencial para o seguro desempenho econômico nacional (REQUIÃO, 1975, p. 248).

Diante do exposto, foi formada uma comissão para analisar a lei de falências, tendo em vista as mudanças econômicas, sociais e políticas do cenário comercial, com o objetivo de torná-la eficiente do panorama legal e prático, o que culminou no surgimento de uma nova legislação, qual seja a Lei nº 11.101/2005 para regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

A principal questão em torno da legislação da concordata consiste no fato da mesma ter trazido alguns importantes pontos que permanecem intrínsecos à ideia da recuperação da empresa, que também estão presentes na legislação em vigor. Nesse sentido, a proteção do crédito em busca da manutenção da atividade econômica, o esforço de impedir a falência da empresa, bem como a observância pelo equilíbrio das relações do patrimônio da empresa em crise e dos credores.

3.2.2 Lei 11.101/2005

Para Tomazette, “a empresa representa, juridicamente, uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado” (TOMAZETTE, 2018, p. 31). Assim, quando a mesma se encontra em situação de crise, uma das soluções apresentadas pelo Estado é a recuperação judicial da empresa através da Lei 11.101/05.

Da atividade empresarial decorrem exigências que, se não observadas com cuidado, ocasionam riscos para aqueles que precisam lidar com uma série de fatores comerciais diariamente. Essas dificuldades podem culminar em crises dos mais diversos tipos, sendo as crises econômica, financeira e patrimonial as mais comuns entre os empresários.

A crise econômica ocorre quando os rendimentos da empresa são inferiores aos custos de sua manutenção, pressionando o empresário a encontrar saídas para os desdobramentos da mencionada crise não vir a afetar a função social da empresa.

A crise financeira, por sua vez, já é mais preocupante que a crise econômica, uma vez que surge como a reiterada incapacidade da empresa em superar suas dívidas com seus recursos financeiros. Também chamada de crise de liquidez, pois inviabiliza os pagamentos das responsabilidades do cotidiano.

Por fim, a crise patrimonial pode ser entendida como a insuficiência de patrimônio para arcar com as dívidas, ou seja, “a insuficiência de bens no ativo para atender a satisfação do passivo” (COELHO, 2008, p. 232).

Dessa forma, por ser de interesse comum que as empresas continuem exercendo suas funções sociais e movimentando a economia do país, as soluções conferidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde 2005, é a recuperação judicial e a extrajudicial das empresas.

Por definição legal, o objetivo da recuperação judicial é de:

Art. 47 (...) viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do empregado dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

Sérgio Campinho, por sua vez, afirma que a recuperação judicial pode ser entendida como:

[...] somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtiva, organizacional e jurídica, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (CAMPINHO, 2006, p. 10-11).

Luiz Inácio Vigil Neto leciona que a base estrutural da legislação vigente consiste em adoção de limite patrimonial, o estado de igualdade entre todos os credores e, principalmente, a natureza pública e judicial do processo (VIGIL NETO, 2008, p. 54).

Importa destacar que o objetivo da recuperação judicial vai além de superação da crise econômico-financeira da empresa, conforme o art. 47 da LRF,

quais sejam: manutenção da fonte produtora; manutenção dos empregos dos trabalhadores; e a preservação dos interesses dos credores.

A manutenção da fonte produtora diz respeito, basicamente, na manutenção da empresa, da atividade empresária, dentro do mercado, “pois sua manutenção permitirá a geração de novos empregos, a geração de riquezas e o atendimento às necessidades da comunidade” (TOMAZETTE, 2018, p. 76).

Outro objetivo específico diz respeito à manutenção dos empregos dos trabalhadores, que, nem sempre é possível de ser cumprido. Tendo em vista que o objetivo de manter a fonte produtora prevalece sobre os demais, não é sempre que é possível conservar todos os postos de trabalho.

No tocante ao objetivo de preservar o interesse dos credores, diz respeito à manifestação dos credores acerca do plano de recuperação judicial, notadamente em relação à aprovação do mesmo na assembleia de credores. Dessa forma, o interesse individual dos credores deve ser observado juntamente com os outros dois objetivos específicos.

Para esse instituto poder atingir seus objetivos, é importante que a recuperação judicial seja acompanhada por alguns princípios norteadores que deverão conduzir a interpretação da Lei, assim como a própria atuação do Poder Judiciário. Assim, os princípios fundamentais da recuperação judicial são a função social e a preservação da empresa (TOMAZETTE, 2018, p. 80).

A função social está relacionada ao dever de agir elencado ao direito à propriedade, uma vez que esse passa a ser um poder-dever de exercer a propriedade vinculada a um fim. Isso posto, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida em observância apenas ao interesse do seu titular, mas deve representar o interesse dos empregados, do fisco e da comunidade.

A preservação da empresa, enquanto o princípio mais importante na interpretação da recuperação judicial, consagra a ideia da separação da empresa de seu empresário individual. Esse princípio garante que a recuperação judicial não se preocupe em salvar o empresário, mas sim em dar continuidade a atividade empresária, tendo em vista que será possível, ao final, permitir a proteção dos demais interesses.

A concessão do pedido de recuperação judicial depende do Poder Judiciário, após ser provocado pelos interessados através de uma ação. Essa ação deverá ser ajuizada perante o juízo do principal estabelecimento do devedor em

crise, devendo, em sua peça atrial, conter a exposição das causas da situação patrimonial do devedor e as razões da crise enfrentada, entre outros requisitos, conforme o art. 51 da Lei 11.101/05.

Vale destacar, ainda, a criação da figura do administrador judicial, que atua como um auxiliar da justiça, com a “finalidade de desjudicializar alguns procedimentos” (ESTESVEZ, 2010, p. 41), tendo poderes de fiscalização.

As atribuições e competências do administrador judicial estão elencadas no art. 21 da Lei nº 11.101/2005, dentre as quais estão: “fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados; elaborar a relação de credores e publicar, indicando o local, o horário e o prazo comum em que as pessoas indicadas terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação; e requerer ao juiz a convocação da assembleia geral de credores nos casos previstos na lei ou quando entender necessária sua ouvida para tomada de decisões” (BRASIL, 2005).

No tocante ao trâmite da recuperação judicial, é essencial descrever a importância de um plano de recuperação judicial bem consolidado, uma vez que é a partir desse documento que será verificado, pelo Judiciário, se a empresa tem viabilidade econômica, e quais são os meios de recuperação que serão adotados pela empresa.

A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de “reorganização da empresa”). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação da atividade econômica e cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulhara. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente, a toda sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual (ULHOA, 2018, p. 229).

Nesse sentido, apenas o devedor tem legitimidade para apresentar o plano de recuperação judicial, o devendo fazer no prazo de sessenta dias, nos termos do caput do art. 53 da Lei 11.101/05. O plano deve conter relatórios econômico-financeiro e de avaliação dos bens do devedor, demonstração da viabilidade econômica da empresa, e, detalhadamente, os meios de recuperação a serem utilizados e seu resumo.

Ainda, o plano de recuperação judicial pode não agradar aos credores, devendo o juiz convocar assembleia geral de credores para ponderar acerca do que fora apresentado pela empresa. Caso o plano seja rejeitado na assembleia de credores, o juiz deverá decretar a falência do devedor.

Importa salientar que o foco principal dessa nova legislação passa a ser a segurança jurídica do mercado, uma vez que a recuperação judicial da empresa pressupõe que a mesma irá continuar exercendo, após a solvência de suas dívidas, sua função social, desde que cumpridas todas as obrigações impostas no plano de recuperação judicial.

Desse modo, depois de concedida a recuperação judicial, há uma separação na fiscalização do cumprimento do plano. Em um primeiro momento, o devedor passa por uma fiscalização mais próxima por um prazo de dois anos, com o objetivo de garantir que todas as obrigações do plano de recuperação judicial sejam cumpridas.

A ideia desse período de observação é fazer uma fiscalização mais próxima do devedor no começo da recuperação, pois ainda não se tem a demonstração de que ele irá realmente cumprir as medidas propostas. Nesse período, o processo de recuperação judicial ainda estará em andamento, ainda existirá um administrador judicial fiscalizando o devedor e ainda poderá existir um comitê de credores (TOMAZETTE, 2018, p. 256).

Em seguida, após o período de fiscalização, entende-se que o devedor é uma pessoa de confiança e presume-se que cumprirá todos os compromissos assumidos. Contudo, se o devedor não cumprir com suas obrigações no mencionado período, deverá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 61, §1º da LRF.

Ora, se no início o devedor já não se mostra confiável, o melhor é não lhe dar mais o benefício da recuperação judicial e resolver uma situação patrimonial por meio da falência. Trata-se de uma penalidade pesada, mas que se justifica em razão do grau de sacrifício que se impõe aos credores na recuperação judicial (Ibidem, p. 256-257).

Portanto, a maior penalidade para o não cumprimento do plano de recuperação judicial é a sua convalidação em falência, sendo o trâmite dessa diferente do da ação de recuperação judicial.

3.3 A recuperação judicial da Oi S.A.

O Grupo Oi S.A., originado em 2009 a partir da junção de duas grandes empresas nacionais no setor de telecomunicações, quais sejam a TNL e a Brasil Telecom S.A., ocupa a posição de terceira maior empresa no setor de telecomunicações da América do Sul com mais de 70 milhões de clientes, e encontra-se em uma severa crise financeira, com uma dívida de R\$ 65,4 bilhões e 55.080 credores.

Diante desse contexto, a empresa requereu a sua recuperação judicial em 20 de junho de 2016, com base na Lei 11.101/05, cujo processamento foi deferido em 29 de junho do mesmo ano, pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, sob o número de processo 0203711-65.2016.8.19.0001.

Por ser a maior da história do Brasil, a recuperação judicial da Oi S.A. apresenta vários desafios que estão sendo enfrentados pelas partes interessadas e, principalmente, pelo Poder Judiciário. Um dos primeiros desafios foi a rejeição do primeiro Plano de recuperação Judicial, apresentado pela empresa em 5 de setembro de 2016, sob a alegação de que o referido plano apenas beneficiava os acionistas, não buscando os interesses dos credores.

O segundo plano de recuperação da empresa, apresentado em 11 de outubro de 2017, mais de um ano após a entrega do primeiro plano, apenas foi aprovado em assembleia de credores realizada em 19 de dezembro de 2017, após o segundo plano sofrer novas alterações em 12 de dezembro de 2017, em razão dos dois maiores credores da empresa alegarem que o plano de recuperação judicial apresentado em outubro ignorava preocupações fundamentais dos credores, ameaçando a viabilidade da companhia no longo prazo e enriquecendo abusivamente os atuais acionistas.

Importa destacar que a assembleia de credores foi adiada diversas vezes no caso da Oi S.A., sendo o primeiro adiamento concedido em razão das devedoras requererem tal medida sob o argumento de existirem várias objeções ao plano de recuperação judicial, e ser necessário o ajuste dos termos do mesmo para atender a todos os interesses econômico-financeiros envolvidos.

Contudo, quando as devedoras solicitaram o agendamento da assembleia geral de credores, já havia terminado o prazo para a realização da mesma, uma vez que, conforme art. 56 da Lei 11.101/05, “a data designada para a realização da assembléia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial” (BRASIL, 2005), e no caso em tela já haviam se passado 420 dias.

No curso da recuperação judicial em tela, o juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro também decidiu prorrogar por mais 180 dias, ou até a realização da Assembleia Geral de Credores, o *stay period*, conhecido como o período de suspensão das ações e execuções em face da devedora, conforme o §4º do art. 6 da Lei 11.101/05, sob o argumento de que deve ser preservada a função social da empresa, e que “muito embora o legislador tenha considerado como razoável o prazo de 180 dias, [...] na prática diária não é o que se tem configurado” (2017, p. 198454).

Todavia, o artigo supracitado deixa claro que:

Art. 6º A suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial (BRASIL, 2005).

Apesar do Poder Legislativo ter se manifestado expressamente acerca da impossibilidade de prorrogação do *stay period*, tal prática tornou-se constante nas ações de recuperação judicial, uma vez que o Judiciário se utiliza dos princípios da função social e da preservação da empresa para atenuar a rigidez da lei e interpretá-la da maneira que entender necessária.

O STJ firmou entendimento nesse mesmo sentido quando do julgamento do REsp nº 1.193.480/SP, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior.

FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. AJUIZAMENTO. ANTERIOR. LEI 11.101/05. SUSPENSÃO. PRAZO. 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. PLANO. APROVAÇÃO. IMPROVIMENTO. I. Salvo exceções legais, o deferimento do pedido de recuperação judicial suspende as execuções individuais, ainda que manejadas anteriormente ao advento da Lei 11.101/05. II. Em homenagem ao princípio da continuidade da sociedade empresarial, o simples decurso

do prazo de 180 (cento e oitenta) dias entre o deferimento e a aprovação do plano de recuperação judicial não enseja retomada das execuções individuais quando à pessoa jurídica, ou seus sócios e administradores, não se atribui a causa da demora. III. Recurso especial improvido (STJ, 2010).

Assim, a Corte Superior entende que em razão da continuidade da empresa o decurso do prazo do *stay period* não enseja a retomada das ações, adotando como o único critério a inexistência de culpa por parte da empresa recuperanda na demora da aprovação do plano de recuperação judicial.

Diante do exposto, apesar da Lei em vigor ter aperfeiçoado os mecanismos para a reestruturação de empresas em vias de falência, é importante ter em mente que a mesma, atualmente, vem sofrendo interpretações que colocam em risco sua segurança jurídica, notadamente, em razão do ativismo judicial protagonizado pelo Poder Judiciário, como ocorre na ação de recuperação judicial da Oi S.A.

4 O ATIVISMO JUDICIAL E A EXPERIÊNCIA NO DIREITO FALIMENTAR

O direito falimentar, como já exposto anteriormente, é regulamentado por uma legislação específica, qual seja a Lei 11.101/2005, de natureza processual e contratual, uma vez que se trata de um negócio jurídico privado executado através de uma prestação jurisdicional, eis que o Estado supervisiona o desenrolar de uma lide entre o devedor e seus credores.

Ainda que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, tenha o dever de fiscalizar o regular andamento das ações de recuperação judicial, sua atuação deve estar em conformidade com o disposto na legislação, uma vez que o Poder Legislativo já se encarregou de determinar as questões pertinentes ao processamento do Instituto.

Verifica-se, contudo, que na prática a atuação do Judiciário está longe de mera fiscalização, restando evidente o ativismo judicial nos casos em que o Estado interfere no andamento da ação de recuperação judicial, não observando os limites impostos pela lei.

4.1 A Judicialização e o ativismo judicial

No mundo contemporâneo é cada vez mais tênue a linha entre a justiça e a política. Grandes questões que repercutem na sociedade brasileira como um todo estão sendo concentradas no Judiciário, atribuindo-se a esse órgão o poder de decidir temas de repercussão nacional, sendo essa tendência denominada de Judicialização.

Dessa forma, a Judicialização expressa que matérias de ampla repercussão social ou política estão sendo determinadas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo, enquanto instâncias políticas tradicionais. O Ministro Luís Roberto Barroso descreve que esse fenômeno “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (2009).

Em relação às causas desse fenômeno, Barroso aponta três: a redemocratização do Brasil; a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Após a redemocratização, o Judiciário abandonou a imagem de departamento técnico-especializado para se transformar em um grande poder político, apto a disseminar a importância da Constituição e das leis, inclusive podendo ir de encontro a outros Poderes, o que fez aumentar a procura por justiça na sociedade brasileira (2009).

O ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais (BARROSO, 2009).

A constitucionalização abrangente significa que várias matérias que anteriormente eram regulamentadas pelo processo político majoritário ou pela legislação ordinária passaram a integrar a Constituição. Portanto, tal mudança permite que o Judiciário seja acionado para debater questões que interessem a coletividade como um todo.

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (Ibidem).

Por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, terceira causa da Judicialização, caracterizado como híbrido por mesclar pontos dos sistemas americano e europeu, permite que, basicamente, qualquer questão política ou moralmente importante seja levada ao STF. No tocante ao modelo americano, foi adotado o controle incidental e difuso, pois qualquer juiz ou Tribunal pode não aplicar uma lei caso a admita como inconstitucional. Em relação ao modelo europeu, o controle por ação direta possibilita que certos assuntos sejam propostas diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, entende-se que o Judiciário, nos últimos anos, tornou-se amplamente procurado para se manifestar acerca de diversos assuntos, devido ao seu papel constitucional e de acordo com a imagem institucional em vigor, não sendo resultado da vontade política da Corte Superior.

O ativismo judicial, por sua vez, se torna evidente nos casos em que o Poder Judiciário se afasta quase que completamente da legislação, interpretando-a em desconformidade com o que foi idealizado pelo legislador, criando um sistema paralelo. Este sistema é mais adotado nos países que adotam o sistema de *common law* no julgamento de seus casos, eis que a aplicação das normas e regras são sancionadas pelo costume e seus precedentes.

Luiz Flávio Gomes entende que o ativismo judicial simboliza:

[...] uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz 'cria' uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição (2009).

Nesse sentido, o ativismo judicial se caracteriza como uma atitude, uma preferência por uma atuação mais proativa do Judiciário, principalmente, em comparação com o Poder Legislativo, quando é verificado que as reivindicações sociais não estão sendo alcançadas efetivamente.

O exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles. O núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida (CAMPOS, 2014, p. 152).

A prática do ativismo judicial é verificada em várias dimensões, como por exemplo, na interpretação da Constituição, na deferência aos demais poderes, na sua criação legislativa, e ainda na superação de precedentes, sob o entendimento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 165-174).

Em relação à interpretação da Constituição, o ativismo judicial pode ser observado quando existe a interpretação ampla das normas e princípios constitucionais para a afirmação de direitos e outras questões implícitas que não eram inicialmente previstos na Constituição. Dessa forma, os juízes ativistas não precisam se restringir ao sentido literal das constituições, pois entendem que as normas precisam ser compatíveis com a sociedade que se encontra em constante evolução.

Os juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social subjacente (CAMPOS, 2014, p. 166).

Essa técnica surge quando o Judiciário decide regulamentar relações jurídicas concretas com princípios constitucionais vagos, sem, contudo, existir uma interferência do Poder Legislativo, sendo essa, atualmente, a principal dimensão do ativismo judicial.

No tocante a prática do ativismo judicial e a falta de deferência dos demais poderes, significa dizer que existe uma falta de preocupação dos juízes ativistas quanto à função normativa dos outros poderes. Dessa forma, eles não se sentem pressionados em respeitar a tripartição de poderes, afastando as decisões já tomadas pelos outros poderes, substituindo pelas próprias.

A função criativa inerente ao ativismo judicial consiste na criação legislativa por parte dos magistrados, tendo em vista que assumem uma posição de criação do direito em vez de aplicá-lo.

Em seguida, outra dimensão do ativismo judicial representa a superação de precedentes. Nesse sentido, os juízes não se deixam restringir pelos precedentes, flexibilizando a interpretação da Constituição, como também a tomada de decisões, caso isso signifique a construção do sentido correto das normas constitucionais.

Assim, os juízes ativistas afastam a “estabilidade, certeza e uniformidade do direito proporcionadas pelo respeito aos precedentes” (Ibidem, p. 172), em razão de interpretarem a Constituição da forma que lhes convêm, permitindo a quebra da segurança jurídica nos casos concretos.

Portanto, em que pese a atuação do Poder Judiciário, Barroso afirma que, ultimamente, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade na esfera do Poder Legislativo tem impulsionado essa atuação do Judiciário, resultando na tomada de decisões que suprem lacunas e inovam no meio jurídico (2009).

O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos

significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa (CAMPOS, 2014, p. 166).

O ativismo judicial, conforme exposto acima, é necessário quando se verifica a existência de omissão do Poder Legislativo, notadamente quanto ao seu dever de criação das normas diante do sistema jurídico adotado pelo Brasil, qual seja o sistema de *civil law*.

O Supremo Tribunal Federal assumiu publicamente, através de um dos mais importantes ministros da história, Celso de Mello, a posição ativista da Corte. O ministro defendeu o comportamento afirmativo do Poder Judiciário diante da omissão do Poder Público.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (2008, p. 12).

Dessa forma, no sistema jurídico de *civil law*, não existe justificativa para uma a adoção de práticas ativistas por parte do Judiciário, caso inexista omissão ou passividade do Poder Legislativo, tendo em vista o perigo de violação do princípio da tripartição de poderes e a insegurança jurídica.

4.2 A crítica do ativismo judicial e o perigo da insegurança jurídica

O ministro Luís Roberto Barroso aponta três objeções à crescente intervenção judicial na sociedade brasileira, relacionadas à judicialização e ao ativismo judicial, quais sejam os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário (2009).

Os riscos para a legitimidade da Democracia consistem no fato dos membros do Poder Judiciário, enquanto agentes públicos não eleitos pelo povo, desempenharem um poder político superior aos outros poderes, podendo se afastar do interesse da coletividade.

Dessa forma, os magistrados ao desempenharem suas funções assumindo uma posição ativista podem representar riscos para a perpetuação dos direitos democráticos, tendo em vista que as decisões proferidas que se afastam do que fora apresentado pelo Legislativo, podem resultar em um distanciamento dos ideais sociais.

A politização indevida da justiça afirma-se no sentido de permitir que o juiz tenha escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas, ocasionando uma discricionariedade plena. Para evitar tal politização, nas situações que comportam mais de uma solução “o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto” (BARROSO, 2009).

A busca pela solução mais correta significa dizer que o juiz deverá analisar, de acordo com a legislação pertinente a cada caso concreto, os fatos para, então, julgar em conformidade com os elementos e com a norma vigente, evitando, assim, que exista uma motivação livre por parte do magistrado.

Em relação aos limites da capacidade institucional do Judiciário, deve a separação dos três poderes ser respeitada, entretanto, “nada obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas” (Ibidem).

Apesar de, no modelo institucional em vigor a palavra final ser do Judiciário nos casos de conflito de normas constitucionais ou legais, a supremacia não significa que toda questão deve ser decidida em um tribunal, ou seja, “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir” (Ibidem).

Diante da análise de Barroso, o perigo do ativismo judicial consiste na ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, tendo em vista que a atuação dos magistrados e dos outros membros do Poder Judiciário, quando da adoção de uma postura ativista e inovadora, pode representar a quebra da segurança jurídica.

A insegurança jurídica surge quando não há, no âmbito do Judiciário, a garantia de segurança nas relações jurídicas, diante da evolução do Direito, tanto em caráter legislativo, quanto jurisprudencial. Por exemplo, o ativismo judicial, ao inovar na interpretação de uma norma específica, sem a adoção de critérios objetivos para tal, possibilita um entendimento diferente em cada caso concreto, permitindo que as soluções conferidas sejam diferentes para casos semelhantes.

Contudo, a principal crítica do ativismo judicial consiste na grande quantidade de interpretações legislativas pelo Judiciário em um sistema jurídico de *civil law*, no qual a lei figura como a principal fonte do direito, notadamente quando não existam omissões ou lacunas para serem sanadas.

A Câmara dos Deputados, órgão do Poder Legislativo, conceitua a legislação de um estado Democrático de Direito, de modo que não restam dúvidas quanto à função principal da mesma, qual seja a manutenção da segurança jurídica.

Em resumo, a legislação de um estado democrático de direito é originária de processo legislativo que constrói, a partir de uma sucessão de atos, fatos e decisões políticas, econômicas e sociais, um conjunto de leis com valor jurídico, nos planos nacional e internacional, para assegurar estabilidade governamental e segurança jurídica às relações sociais entre cidadãos, instituições e empresas (TCU, 2011).

A existência de uma legislação ordinária, ou específica, pressupõe que a matéria regulamentada pela lei foi previamente analisada por uma comissão especializada, para que a legislação elaborada atenda o maior número de relações jurídicas que possam ocorrer acerca da determinada matéria.

No caso da Lei 11.101/2005, a mesma foi promulgada após quase uma década de construção, resultando em uma legislação específica moderna, mais completa que as anteriores e que de fato busca a recuperação das empresas em notória crise. Essa, conseqüentemente, deve ser aplicada nos casos concretos, estando o julgador vinculado a utilizá-la no que couber. Acontece que, atualmente, estão sendo interpretados dispositivos taxativos para cada caso, sem preocupações quanto à quebra da segurança jurídica. Apesar de o Juiz poder fazer pontuações acerca da legislação, a filosofia da mesma deve ser respeitada.

Portanto, o ativismo judicial, quando não for prática institucional destinada a suprir uma lacuna ou omissão do Poder Legislativo no cumprimento das obrigações impostas pela Constituição, principalmente se verificada a interpretação de uma legislação ordinária, deve ser considerado como abuso de Poder.

A interpretação da Lei 11.101/2005, na ação de recuperação judicial da Oi S.A., se baseia na adoção de princípios norteadores desse Instituto, qual seja a função social da empresa, para revestir sua função criadora, modificando, por várias vezes, a real intenção do legislador.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXIII, consagra o princípio da função social da propriedade, estendido, por analogia, às empresas. Essa limitação ao direito de propriedade determina que a atividade empresarial deva agir sob o interesse de outrem, ou seja, deve haver uma finalidade, uma função maior, relacionada aos interesses de toda comunidade.

Dessa forma, apesar de que o referido princípio deve ser observado quando da tomada de decisões no âmbito do direito empresarial, seu uso quando da fundamentação de uma decisão que está em desacordo com a legislação ocasiona a insegurança jurídica para as empresas que buscam o Judiciário para a superação das crises econômico-financeiras.

A utilização do princípio da função social na tomada de decisões nas ações de recuperação judicial permite, assim, uma discricionariedade do juiz, pois possibilita o surgimento de decisões tendenciosas. A falta de adoção de critérios objetivos, bem como o distanciamento do disposto na legislação, não representa, portanto, o equilíbrio no âmbito empresarial, tampouco a segurança jurídica.

Por não existir, atualmente, algo que se assemelhe a antiga concordata suspensiva, ou seja, aquela que busca a suspensão do curso da falência com o objetivo de propiciar ao falido oportunidades de recuperação de sua atividade empresária, o Judiciário busca impedir a todo custo a decretação de falência das empresas se utilizando da Lei de recuperação judicial e falências sem, contudo, existir previsão na legislação que permita tal situação.

Eber de Meira Ferreira em sua dissertação de mestrado de apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada como “Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia” defende que:

Os riscos de uma atividade judicial ativista, tomada sua definição como a atuação do poder judiciário para além dos limites do sistema normativo, com base em uma atividade de interpretação, construção e aplicação do Direito fundada em parâmetros normativos de uma textualidade vaga, de baixa densidade semântica e conceitual, cuja hermenêutica propõe o rompimento dos limites entre a Moral e o Direito, residem fundamentalmente no enfraquecimento do caráter deontológico do Direito heterolimitador da norma. (2014, p. 140).

Assim, o autor observa que o ativismo judicial do poder judiciário, ao interpretar um texto normativo vago permite o rompimento dos limites entre a Moral e

o Direito. Contudo, no caso da recuperação judicial da Oi não existe vacância no corpo da norma que enseje uma interpretação mais aberta do poder judiciário. Esta discussão será abordada no presente projeto de pesquisa.

Portanto, a legislação falimentar deve ser respeitada pelo Poder Judiciário, tendo em vista que a mesma ao permitir que o instituto da recuperação judicial represente a preservação da atividade empresária com o objetivo de atender os interesses do devedor e dos credores, ou seja, de toda uma coletividade, conforme os princípios da boa-fé e da moralidade, não havendo no que se falar em omissão ou retração do legislativo que represente uma atuação ativista por parte dos magistrados que lidam com ações de recuperação judicial, não importando a magnitude dos processos.

5 CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, foi analisado o ativismo judicial em face do julgamento de decisões contrárias à Lei 11.101/05 no caso prático da recuperação judicial da Oi S.A., levando-se em consideração a quebra da segurança jurídica da norma específica. Para tanto, foram analisadas decisões proferidas pelo Poder Judiciário no curso da referida ação de recuperação judicial, assim como os fundamentos utilizados, tendo sido levantada a indagação de quais seriam os limites da atuação judicial para inovar na interpretação da legislação no sistema de *civil law*, notadamente quanto à aplicação da Lei 11.101/05 na recuperação judicial da Oi S.A., sem violar o princípio da tripartição de poderes e o sistema jurídico brasileiro.

Foi observado que o Judiciário não adota critérios objetivos quando da inovação na interpretação da legislação e, por esse motivo, foi possível a realização do presente estudo.

Após a análise da formação e da relevância dos modelos jurídicos de *civil law* e *common law*, observa-se que apesar do modelo adotado no Brasil ser o de *civil law*, o mesmo se encontra em crise, tendo em vista o ativismo judicial praticado no país, inclusive, a adoção de princípios para solucionar litígios quando existe uma lei específica para regulamentar a matéria.

O ativismo judicial praticado no caso em comento cria, portanto, um sistema paralelo ao contemplado pela Lei 11.101/05, resultando na quebra da segurança jurídica, tendo em vista que o Judiciário se utilizou de princípios constitucionais e norteadores do instituto da recuperação judicial para decidir questões de suma importância no caso da Oi S.A., se distanciando do modelo jurídico aplicado no Brasil, notadamente ao conferir um novo significado a lei específica, sem, contudo, levar em consideração as consequências que tal atuação pode promover no âmbito empresarial em relação à manutenção da referida lei.

O sistema de *civil law*, expressa-se na utilização da lei como principal fonte do Direito. Entretanto, quando há o julgamento em discordância com a lei específica criada para garantir a segurança jurídica a casos semelhantes, não se configura como necessária a postura ativista observada no caso da recuperação judicial da Oi S.A.

Neste sentido, a atuação judicial deve limitar-se à interpretação da lei notadamente quanto a questões que permitam uma postura ativista do órgão julgador, não sendo possível, assim, a análise de dispositivos meramente taxativos da referida lei, com o principal propósito de manter a real intenção do Legislativo, devendo os limites impostos aos três Poderes ser respeitados para a manutenção do sistema jurídico adotado no país.

Portanto, os limites da inovação do direito pelo Poder Judiciário devem ser claramente identificados mediante parâmetros estabelecidos nos autos do processo já julgado, de modo que tal inovação represente a garantia da justiça, e a manutenção da legislação.

Sendo assim, o presente trabalho é fundamental tanto para esfera acadêmica, em que pese no surgimento de novas questões para análise de pesquisa acerca do ativismo judicial em outras áreas do direito, assim como é um instituto relevante para a sociedade, pois a garantia da segurança jurídica representa a perpetuação de garantias constitucionais aos litigantes frente à atuação do Poder Judiciário, além de permitir que empresas em crise econômico-financeira, que buscam superar as dificuldades enfrentadas no instituto da recuperação judicial, possam ter isonomia de tratamento frente o órgão julgador.

6 REFERÊNCIAS

AFONSO NETO, Augusto. **Princípios de Direito Falimentar**. São Paulo: Max Limonad, 1962.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **RDE**. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009, p. 71-91.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. **Lei nº 556 de 25 de junho de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM556.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. **Curso de direito comercial**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do direito falimentar à lei nº 11.101/2005. **Revista Jurídica Empresarial**. v. 3, n. 15, p. 11-50, jul./ago. 2010.

FARIA, Bento de. **Direito Comercial IV: falência e concordatas**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law**: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. História do Direito II. Florianópolis: CONPEDI, p. 233-255, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 28 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF Está Assumindo um "Ativismo Judicial" sem Precedentes?** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFFMAN, A.; HASSEMER, W (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 281-301, 2015.

LAURINDO, Marja Mangali. **Entre common law e civil law**: o poder judiciário brasileiro em tempos de neoconstitucionalismo e neoliberalismo. 2017. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

LEITE, Gisele. **A gradativa aproximação do sistema da civil law ao common law**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16337&revista_caderno=7>. Acesso em set 2018.

_____. **Civil law versus common law**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 02 Fev. 2017. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/335403-civil-law-versus-common-law>. Acesso em: 17 set. 2018.

MELLO, Celso de. Discurso proferido na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência da Suprema Corte do Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Besnard Frères, 1916. v. 7.

NASCIMENTO, Valter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMALHO, Rubem. **Curso teórico e prático de falências e concordatas**. São Paulo: Saraiva, 1984.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SABINO, Marco Antônio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 1193480 SP 2010/0085399-1. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. DJe: 18/10/2018. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17059237/recurso-especial-resp-1193480-sp-2010-0085399-1?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

TCU. Câmara dos Deputados. Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul - CPCMS. **O que é Legislação**. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/normativas/oqueelegislacao.html>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação judicial de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.