

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

DIREITO EMPRESARIAL II

FERNANDO PASSOS

PAULO ANTONIO RODRIGUES MARTINS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITO EMPRESARIAL II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Passos, Paulo Antonio Rodrigues Martins – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-049-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

Nesse GT de Direito Empresarial II foram apresentados trabalhos de pesquisa conectados com o que há de mais atual no regime jurídico empresarial brasileiro, como temas relacionados à recuperação judicial de empresas, títulos de crédito, holding familiar, negócios jurídicos processuais aplicados ao direito empresarial, ESG e 'Compliance'.

Todos os trabalhos possuem metodologias apropriadas e problemas de pesquisas relevantes, com fartas referências bibliográficas.

A discussão promovida pelos autores, inclusive, ultrapassou o campo da mera dogmática jurídica e se imiscuiu para o campo da teoria zetéica do direito, como, por exemplo, numa análise específica sobre a hermenêutica jurídica aplicada ao instituto da recuperação de empresas no Brasil.

Assim, o livro que se segue apresenta inúmeros contributos para os operadores do direito que lidam diretamente com os agentes econômicos responsáveis pelo desenvolvimento de nosso país.

**ENSAIOS DE UMA EXEGESE À HERMENÊUTICA DO DIREITO ADOTADA NA
LEI Nº 11.101/05 COM VISTAS AO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE
EMPRESAS.**

**ESSAYS OF AN EXEGESIS OF THE HERMENEUTICS OF LAW ADOPTED IN
LAW NO. 11.101/05 WITH A VIEW TO THE INSTITUTE OF COMPANY
RECOVERY.**

Veronica Lagassi ¹

Resumo

Por exegese compreende-se a explicação crítica, interpretação ou comentário sobre o sentido das palavras. Para o Direito esse termo também remete à Escola da Exegese, que se destacou partir dos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade” suscitados pela Revolução Francesa. O título do presente trabalho faz uso proposital do referido termo, na medida em que busca criticar a ausência do uso dos métodos de hermenêutica do direito nos tribunais pátrios como forma de se alcançar as decisões proferidas num dado processo, ocasionando muitas das vezes a inobservância dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade”, que muito embora inicialmente perseguidos na França, espaiaram-se pelo mundo e se tornaram diretriz constitucional em diversos países conforme é o caso do Brasil. Assim, a ausência da observância e aplicação dos métodos de hermenêutica do direito podem acarretar a inconstitucionalidade de uma decisão judicial pelo fato de violar princípios impostos pela Constituição Federal, de tal sorte a comprometer até mesmo a democracia. Assim, o presente trabalho tem como escopo o de inicialmente apresentar a função da hermenêutica do direito e a importância de sua crítica, para a seguir demonstrar como o uso inadequado de teorias de interpretação, vem acarretando violações às diretrizes constitucionais, tais como: a livre concorrência, a igualdade, entre outros. A demonstração dar-se-á no âmbito do Direito Comercial e mais especificamente com vistas ao instituto da recuperação judicial.

Palavras-chave: Interpretação, Discricionariedade, Empresário, Crise, Teoria da argumentação jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Exegesis is understood as the critical explanation, interpretation or comment on the meaning of words. For Law, this term also refers to the School of Exegesis, which stood out from the ideals of “liberty, equality and fraternity” raised by the French Revolution. The title of the present work makes purposeful use of the aforementioned term, as it seeks to criticize the lack of use of legal hermeneutics methods in national courts as a way of reaching decisions rendered in a given process, often causing non-compliance with the ideals of freedom, equality and fraternity”, which, although initially pursued in France, spread throughout the

¹ Pós-doutoranda pela UERJ, Professora Adjunta da disciplina de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ), do IBMEC e da FACHA, além de Líder do Grupo de pesquisa DEPIIS.

world and became constitutional guidelines in several countries, as is the case in Brazil. Thus, the lack of observance and application of legal hermeneutics methods can lead to the unconstitutionality of a judicial decision due to the fact that it violates principles imposed by the Federal Constitution, in such a way as to compromise even democracy. Thus, the scope of this work is to initially present the function of the hermeneutics of law and the importance of its criticism, and then demonstrate how the inappropriate use of theories of interpretation has led to violations of constitutional guidelines, such as: free competition, equality, among others. The demonstration will take place within the scope of Commercial Law and more specifically with a view to the institution of judicial recovery.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Interpretation, Discretion, Businessperson, Crisis, Theory of legal argumentation

Introdução.

Por exegese compreende-se a explicação crítica, interpretação ou comentário sobre o sentido das palavras. Para o Direito esse termo também remete à Escola da Exegese, cuja origem ocorreu no século XIX, na França, a partir dos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade” suscitados pela Revolução Francesa. O título do presente trabalho faz uso proposital do referido termo, na medida em que busca criticar a ausência do uso adequado dos métodos de hermenêutica do direito nos tribunais pátrios como forma de se alcançar as decisões proferidas num dado processo. Fato que ocasiona muitas vezes a inobservância aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que muito embora inicialmente perseguidos na França, espalharam-se pelo mundo e se tornaram diretriz constitucional em diversos países, conforme é o caso do Brasil. Assim, a ausência da observância e aplicação dos métodos de hermenêutica do direito podem acarretar a inconstitucionalidade de uma decisão judicial pelo fato de violar diretriz ou aos princípios impostos pela Constituição Federal brasileira.

Assim, o presente trabalho tem como escopo o de inicialmente apresentar a função da hermenêutica do direito e de sua crítica, para a seguir demonstrar como o uso inadequado de teorias ou métodos de interpretação, vem acarretando paulatinas violações à diretrizes constitucionais, tais como: a livre concorrência, a igualdade e até mesmo à democracia, essa última na medida em que ao agir com discricionariedade o juiz assume o papel que é do legislador. A investigação dar-se-á no âmbito do Direito Comercial e mais especificamente com vistas ao instituto da recuperação judicial. E para tanto, o trabalho tem como marco teórico a obra “Lições de Crítica Hermenêutica do Direito”, de Lênio Streck. Portanto, far-se-á não só o uso da doutrina, mas também da análise do texto legal a partir de julgados, de modo a demonstrar as implicações que a não observância da crítica da hermenêutica do direito pode gerar.

1.O Papel da Hermenêutica do Direito nos Tribunais e sua “In”consistente Evolução.

A hermenêutica do Direito ou Jurídica tem como propósito o de interpretar as normas jurídicas posto que ao serem elaboradas elas são concebidas a partir de situações abstratas, mas que ao ingressarem no ordenamento jurídico elas devem incidir em situações fáticas. A partir daí, surge a necessidade de sua interpretação visto que a situação concreta nem sempre se coaduna exatamente ao que foi disposto na norma e surge assim, a necessidade de sua interpretação.

Para Carlos Maximiliano “*a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*” (MAXIMILIANO-1984, p. 01). Para o referido autor é tarefa essencial do executor estabelecer correlação entre o texto legal, que é abstrato, ao caso concreto, que é o fato social. De tal sorte que, ainda segundo a esse autor aplicação do direito se resume em enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada de modo que (MAXIMILIANO-1984, p.06):

O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desrespeitar dispositivos escritos ou consuetudinários. Assim, resulta a aplicação, voluntária quase sempre; forçada muitas vezes.

Conforme observa Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana “*a interpretação é a extração do significado de algo através de indução, determinando e entendendo o significado daquilo que está sendo interpretado*” (RIBEIRO-SANTANA, 2020). E para tanto, advertem os supracitados autores que a interpretação terá como fim a obtenção da intelecção de algo já arquitetado por outra pessoa, cujas abstrações e exteriorizações serão fundamentadas com base na formação cultural e intelectual do intérprete, tendo como deferência os limites impostos no enunciado daquilo que seria interpretado. Todavia, a interpretação jurídica excede tal expectativa ao buscar uma interpretação completa da norma, principalmente de seu sentido e da correta compreensão do seu significado, sua intenção e seu alcance (BETIOLI, 2011, P. 376).

Para Carlos Maximiliano a adaptação de um preceito ao caso concreto que pressupõe:

- a) a crítica, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico;
- b) a interpretação, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto;
- c) o surgimento das lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito;
- d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo.

O direito como ciência social responsável pela solução de conflitos, cuja solução dar-se-á a partir da interpretação de um texto legal, termina por exigir a criação de métodos de interpretação como forma de viabilizar a uniformidade na prolação das decisões nos tribunais, de modo a garantir a segurança jurídica. A exigência da criação

desses métodos irá ocorrer justamente porque há um liame entre a norma abstrata que representa o “dever ser” e o caso concreto, esse último que é o “ser”. Logo, essa divisão entre linguagem objeto e metalinguagem fez com que Kelsen apostasse na discricionariedade do intérprete quando da aplicação do direito como uma fatalidade com o fito de salvar a pureza metódica e que por tal motivo, iria permanecer a salvo da subjetividade, da axiologia, da ideologia, entre outros, conforme assevera Lênio Streck (STRECK, 2014-p.29). Além disso, adverte o referido autor que Kelsen não separa a moral do direito, mas sim, a ciência do direito da moral. Desta feita, o que para o positivismo de Kelsen era uma fatalidade para as correntes modernas que se seguiram a discricionariedade ou o decisionismo judicial, passou a ser a salvação para as insuficiências ônticas do direito e que na atualidade dará azo ao ativismo judicial.

Todavia, para a clara compreensão do problema posto passar-se-á a tratar dos métodos tradicionais ou iniciais de interpretação, a fim de compreendermos a evolução e o problema acima implicitamente apresentado. Pois, ao longo do estudo do direito como ciência foram surgindo métodos com a intenção de estabelecer critérios para a interpretação do texto legal, são eles: literal, gramatical ou exegético, lógico-sistemático, teleológico, histórico evolutivo e ao final, ao estudo das teorias que os sucederam.

1.1. Método Exegético, literal ou gramatical.

Conforme dito anteriormente, surge na França, no século XIX. Esse método parte do pressuposto que não existe interpretação do direito e sim, a interpretação das leis a partir da gramática, baseando-se no estudo do significado e alcance de cada uma das palavras de per si pertencentes à norma jurídica em comento. Foi cunhada na Revolução Francesa, tomando como diretriz a de que o juiz deveria exprimir a tradução literal do texto legal, daí a expressão que tornou esse método conhecido no sentido de que o juiz era a “boca da lei”. Tal fato se explica a partir do entendimento de que a função do juiz se resumia a de aplicar a lei, sem interpretá-la essencialmente porque nessa época se tentava desvencilhar a ideia de soberania que permeava a figura dos juízes (RIBEIRO-SANTANA, 2020).

Para a escola da exegese, todas as possíveis ações futuras já estavam contempladas e normatizadas pelos códigos e pelas leis. Ainda segundo essa escola, as diferentes sentenças dadas pelos juízes ao mesmo caso se justificavam a falta de ética e na incompetência. Além disso, a equidade, os costumes e os princípios de um direito ideal eram excluídos da interpretação exegética, sendo levada ao limite a desenvolução da interpretação de fórmulas legais e a inquirição do interesse do legislador.

E desta forma, a interpretação gramatical baseava-se tão somente no significado das palavras existentes no texto legal, não possuindo o intérprete a liberdade de acrescentar informações ao texto. Ele deve ser fiel ao seu conteúdo, limitando-se exatamente ao texto legal.

Para Carlos Maximiliano o problema que se apresenta nesse método (1984-p. 44):

Em toda escola teórica há um fundo de verdade. Procurar o pensamento do autor de um dispositivo constitui um meio de esclarecer o sentido deste; o erro consiste em generalizar o processo, fazer do que é simplesmente um dentre muitos recursos da hermenêutica – o objetivo único, o alvo geral; confundir o meio com o fim. Da vontade primitiva, aparentemente criadora da norma, se deduziria, quando muito, o sentido desta, e não o respectivo alcance, jamais preestabelecido e difícil de prever.

Esse método até hoje é empregado no direito pátrio e estabelece a diretriz no sentido de que as palavras devem ser usadas em seu sentido comum, justificando-se na dificuldade de se obter um código linguístico técnico. No ordenamento jurídico pátrio, temos a sua materialização na Lei Complementar 95/98 que versa sobre a redação e elaboração do texto legal, determinando que os termos nela empregados devem ser adotados em seu sentido comum, ressalvando-se apenas quando se tratar de assunto técnico, o qual exige nomenclatura específica da área.

1.2. Método Lógico-sistemático.

Diferentemente do método gramatical, o método lógico-sistemático exige a interpretação conjunta e não dissociada das demais normas existentes no ordenamento jurídico. Esse método busca compreender o sentido da norma a partir da premissa de que ela é parte de um todo. Esse método ao contrário do exegético ou gramatical não examina as palavras de per si, ele examina o contexto e tem como foco os preceitos expostos de acordo com o todo da lei.

Assim, esse método tem por diretriz o sistema jurídico global, introduzindo na interpretação elementos estranhos, pois se utiliza de outros textos para o estudo em questão. Desta forma, esse método faz uso do estudo comparado e da contextualização do texto legal em outros sistemas jurídicos positivos sobre os quais versem idêntica matéria.

1.3. Método Teleológico.

A partir da busca pelo propósito sob o qual se destina a norma, esse método a visa interpretar. Esse método visa encontrar a finalidade da norma. Por tal motivo, ele é considerado o método mais flexível de todos, na medida em que dá ênfase à participação do intérprete na representação do sentido da norma a ser interpretada. Ele parte do

pressuposto de que o direito tem a tarefa de promover a sociabilidade humana, sendo a norma a exteriorização ou materialização desta promoção ao mesmo tempo em que é também a materialização da justiça, que é tida como o fim maior do direito.

1.4. Método Histórico-evolutivo.

Inspirou-se na Escola histórica de Savigny e foi concebido para corrigir os desajustes do método exegético, pois começavam a aparecer várias situações não contempladas pelas normas. Por tal motivo, esse método dedicou-se a investigação das condições de surgimento da norma, visando encontrar a vontade que justificou a criação da norma e considerando a lei um pré-juízo psicológico. Esse método cria um legislador fictício, atribuindo-lhe um lugar de importância.

Na realidade, esse método visa inquirir a vontade do legislador ao criar o texto legal, porém ela permite não só observar o que o legislador quis ao criar um dado texto legal, mas também o que ele quererá, se vivesse no meio atual e enfrentasse determinado caso concreto (MAXIMILIANO- 1984-p.47).

As críticas a esse método decorrem principalmente do fato de que não é possível imputar a um dado legislador específico a redação do texto legal e por conseguinte, não é possível consultar a sua vontade de modo a se compreender o que se buscou priorizar a partir da redação de um dado texto legal. Há ainda, uma segunda crítica no sentido de que ainda que fosse possível identificar e individualizar o legislador autor do texto legal ao qual se deseja interpretar, não seria possível obter a sua real intenção quando da elaboração do texto legal visto que ele teria de adaptar a sua vontade ao momento atual e por conseguinte, a norma por ele criada poderia ser diferente.

Ademais, o método histórico-evolutivo de interpretação compara as normas antigas às normas que as sucederam a fim de que se possa compreender o contexto e as condições sob as quais foram criadas, tendo em vista ser impossível separar o momento de elaboração de uma norma do momento de aplicação da mesma, essas duas circunstâncias são inexplicáveis. Além disso, o maior precursor desta escola (Savigny) defende que os demais métodos de interpretação não lhe são excludentes e tampouco existe hierarquia entre eles.

1.5. As novas correntes da hermenêutica do direito na contemporaneidade.

Conforme pode-se constatar, as palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas. Contudo, isso não significa dizer que a hermenêutica, tida como processo de interpretar o texto legal, admita discricionariedades e decisionismos, sendo possível encontrar respostas corretas em direito a partir do caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica

(STRECK, 2014-p.10). Essa diretriz, segundo Lênio Streck é a tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito. Ele a apresenta como ferramenta indispensável a ser utilizada para interpretação do direito. E para tanto, o referido autor propõe um olhar hermenêutico a partir de uma abordagem mais ampla do juspositivismo e da ausência de êxito das propostas pretensamente rupturais, mas que não conseguem romper com o principal problema do positivismo materializado no discricionarismo decisional que perpassa todo o normativismo (STRECK, 2014 - p.17).

Assim, muito embora uma das críticas bastante comum ao juspositivismo fosse a de encarceramento da interpretação na literalidade normativa, o positivismo pós-kelseniano ou normativista é marcado por admitir discricionariedades. Assim, apesar de superados entendimentos no sentido de que o juiz seria “a boca da lei” a evolução dos métodos ou critérios da hermenêutica a partir das novas correntes darão azo ao decisionismo e ativismo judicial que existe hoje.

Nesse sentido, Lênio Streck assevera que a importação de forma equivocada de novas correntes de pensamento no campo da hermenêutica conforme é o caso da Jurisprudência dos Valores, os diversos axiologismos, o realismo jurídico – que para o referido autor não passa de um “positivismo fático” – a ponderação de valores brasileira, entre outros, terminam por ocasionar o decisionismo. Isso porque, o positivismo jurídico, enquanto paradigma teórico, estaria longe de ser uniforme (STRECK – 2014, p. 19).

A partir da máxima de que não há uniformidade no positivismo jurídico, as três correntes que o compõe: o positivismo ideológico, o teórico e o metodológico ou conceitual. A primeira corrente se caracteriza em posturas que defendem a tese de que o direito positivo possui força obrigatória, devendo ser por todo obedecido e aplicado pelos juízes sem qualquer juízo de valor moral que possa o envolver. Tal fato se justifica, a partir do entendimento de que existe um único princípio ou pressuposto moral como diretriz, que impõe aos juízes observar tudo aquilo que o direito vigente determina. Assim, a lei e o direito são uma única realidade e a jurisdição é considerada uma atividade mecânica de aplicação legislativa. Já o positivismo enquanto teoria, defendido por Norberto Bobbio, o direito é confundido com a lei, enquanto fonte formal emanada pelo poder legislativo, não havendo apego à lei a partir de um comando moral, mas meramente teórico. E por fim, tem-se o positivismo metodológico, conceitual ou juspositivismo no qual o direito deve ser caracterizado de acordo com propriedades descritivas. Essa descrição deve estar apoiada somente em propriedades fáticas, empíricas e jamais valorativas.

Para Lênio Streck o principal marco do positivismo metodológico foi o de dar ensejo a discricionariedade judicial. Senão vejamos:

O grande detalhe que marca essa construção do positivismo jurídico diz respeito ao fato de, no seu interior, o teórico do direito poder afirmar que, em algumas hipóteses específicas, os juízes podem decidir casos que não estão previamente previstos de forma unívoca pela ordem jurídica vigente, sem se contradizer. Nalguns casos, poder-se-ia afirmar que o juiz pode inclusive deixar de aplicar uma lei porque a considera moralmente injusta, sem que isso represente uma contradição a teoria. E isso tudo porque, dentre os critérios de verificação observáveis empiricamente, aparece o que chamamos de discricionariedade judicial, que funciona como uma espécie de pedra filosofal da interpretação. Ela não aparece como problema; ao contrário, ela aparece como solução, ou, no mínimo, enquanto uma constatação científica, teoricamente “neutra”, do modo como se resolvem determinadas controvérsias jurídicas. Entretanto, venho há tempos denunciando que o problema da institucionalização da discricionariedade gera um enorme déficit democrático... (STRECK-2014, p. 23)

Para o supracitado autor esse seria o ponto fulcral porque determinadas posturas caracterizadas com o positivismo metodológico, legitimam a possibilidade de o juiz decidir certos casos a partir de critérios extrajurídicos. Tal fato irá ferir a democracia porque ao fazer isso o juiz estaria legislando, ainda que pontualmente. O grande problema é que as demais teorias pós-positivistas que se seguiram não foram capazes de debelar o problema da discricionariedade ou o decisionismo judicial, mas ao contrário sob o argumento de superação do positivismo jurídico terminaram por não só fortalecê-lo, mas também justificar o ativismo judicial no Brasil. Isso porque, incorporou-se um novo discurso a partir da adoção da teoria da argumentação jurídica que tenta racionalizar o processo de aplicação do direito a partir da ponderação dos princípios, ampliando a margem de discricionariedade na medida em que é o juiz quem decide qual será o princípio preponderante no caso concreto. Assim, o autor Lênio Streck irá defender interpretação oposta ao que prega a teoria da argumentação de modo que os princípios ao invés de serem utilizados como mecanismos que ampliam a interpretação, devem ser adotados para restringi-la e assim, reduzir a discricionariedade e ao ativismo judicial, até porque conforme dito antes eles podem desencadear uma decisão não só antidemocrática assim como inconstitucional, conforme ver-se-á no capítulo a seguir.

2. A Importância da Hermenêutica na interpretação dos institutos da Lei nº 11.101/05.

A adoção de teorias ou métodos de interpretação de forma desvirtuada pode acarretar a discricionariedade, um problema que acompanha o positivismo jurídico, toda a sua evolução e alcança até mesmo ao pós-positivismo, acentuando-se principalmente mediante a adoção da teoria da argumentação jurídica.

Na seara do Direito Comercial, esse fato não passa despercebido. Principalmente, quando o tema se refere aos institutos da Lei nº 11.101/05 e em especial, à recuperação judicial para quem a compreensão ou a delimitação da legitimidade ativa para o seu requerimento, passou a ser discricionária do juiz. Nesse sentido, tem-se a previsão expressa do artigo 1º da supracitada Lei que estabelece: *“Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”*. Assim, é possível constatar que o legislador delimitou a incidência do texto legal à figura do empresário, seja ele individual ou sociedade, esteja ele regular ou não. Pois, nesse último caso, ao empresário irregular são aplicáveis as penalidades da Lei. É o que se deduz a partir da interpretação lógico-sistemática do disposto no art. 973 do Código Civil. Senão vejamos: *“A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas”*.

Por outro lado, o artigo 2º da Lei nº 11.101/05 excluiu de forma expressa da incidência desta Lei:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Portanto, é possível verificar que o legislador pátrio excluiu da aplicação ou incidência da Lei nº 11.101/05 todo aquele que não se enquadre no conceito de empresário, bem como pontualmente as pessoas descritas no artigo 2º da referida Lei, considerando que em sua grande maioria ao estar constituída sob o tipo sociedade anônima, estaria legitimada ante ao que dispõe o parágrafo único do artigo 982 do Código civil:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Além disso, o § 13º, do artigo 6º, da Lei nº 11.101/05, cuja redação foi acrescida pela Lei nº 14.112/20, possibilitou o requerimento da recuperação judicial de cooperativa médica, mas desde que operadora de plano de assistência à saúde. Senão vejamos:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

(...)

§ 13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, conseqüentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica.

Desta forma, conforme é possível verificar o legislador pátrio delimitou exatamente os contornos para a aplicação e incidência da Lei nº 11.101/05 no tocante a sua legitimidade. Inclusive, nesse sentido é possível verificar que no âmbito do Direito Comercial sempre que o legislador pátrio desejou equiparar a outros sujeitos a proteção ou benefícios que garantiu ao empresário o fez de forma expressa. A título de exemplo, poder-se-ia citar o art. 3º da Lei Complementar nº 123/06, na medida em que também garantiu à sociedade simples tratamento mais benéfico e favorecido que era endereçado ao micro e pequeno empresário¹. De igual modo, temos também o disposto no §4º, do artigo 51, da Lei do Inquilinato, que ao tratar dos pressupostos e legitimados para propor a ação renovatória em clara proteção ao estabelecimento empresarial, amplia esse direito a quem não seja empresário. Isto é, as associações e sociedades do gênero simples. Senão vejamos:

Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:
(..)

¹ Vejamos a redação de parte do artigo 3º, da LC nº 123/06:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

III - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

(...)

§ 4º O direito a renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.
(...)

Donde poder-se-ia concluir, de acordo com a contextualização apresentada, que não é possível ampliar a legitimidade ativa para fins de requerimento da recuperação judicial. Mas, ao contrário do que quase todos os métodos de interpretação anteriormente abordados nos apresentam, constam inúmeros os julgados proferidos por juízos de 1ª Instância e por vezes, ratificados por nossos tribunais, deferindo o processamento da recuperação judicial a quem não se enquadre na definição de empresário. Senão vejamos a decisão recente proferida pelo Juízo da Décima Terceira Câmara de Direito Privado do Estado do Rio de Janeiro:

Agravo de instrumento. Decisão que deferiu a recuperação judicial da agravada. Irresignação do ministério público. Associações civis que apesar de não se enquadrarem no conceito de sociedade empresária, objeto do artigo 1.º da lei nº11.101/2005, também não estão elencadas no rol dos agentes econômicos excluídos da aplicação da referida lei, eis que muitas vezes se estruturam como verdadeiras empresas do ponto de vista econômico. Precedente do STJ. Inteligência do artigo 47 da referida lei. Manutenção do decism. Desprovimento do recurso. (TJRJ. 0067964-05.2023.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). BENEDICTO ULTRA ABICAIR - Julgamento: 14/05/2024 - DECIMA TERCEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 22ª CÂMARA CÍVEL). Publicação 29/05/2024)

Conforme pode ser exemplificado, a partir do julgado acima, o julgado contrariou não só o texto literal do artigo 1º e o caput do artigo 48 da Lei nº 11.101/05, assim como a interpretação teleológica do referido texto legal na medida em que a Lei nº 11.101/05 foi recentemente alterada pela Lei nº 14.112/20 e o Legislador apenas incluiu como legitimado ativo para o requerimento de recuperação judicial a cooperativa médica operadora de plano de saúde. Logo, deduz-se que apesar de ter a oportunidade o legislador não pretendeu ampliar a aplicação do instituto da recuperação judicial a quem não seja empresário. Contudo, conforme também vimos, na abordagem acerca da hermenêutica jurídica, atualmente é proeminente no que tange a interpretação da norma a teoria da argumentação jurídica.

E justamente por intermédio da supracitada teoria, o problema da discricionariedade judicial se faz presente por intermédio da utilização da ponderação de princípios. No presente caso em tela, assim como em quaisquer outras decisões discricionárias que se possa verificar com base na Lei nº 11.101/05 é possível verificar que elas têm como pressuposto a sobreposição do princípio da preservação da empresa, previsto de forma

expressa no art. 47 da Lei nº 11.101/05 sobre todos os demais. Fato que ratifica a crítica feita por Lênio Streck na medida em que a adoção desvirtuada da teoria da argumentação no Brasil termina por gerar lesão à democracia ao mesmo tempo em que gera violação direta a dispositivos legais.

Num outro exemplo também recente, a Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não só defere a título de cautelar o processamento da recuperação judicial a quem não era empresário, assim como expressamente reconhece que o referido agente econômico exercia atividade economicamente organizada. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE A PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Associação sem fins lucrativos que, porém, exerce atividade econômica organizada. Legitimidade ativa reconhecida para a recuperação judicial. Pessoa jurídica não inserida no rol dos agentes econômicos excluídos do âmbito de incidência da Lei nº 11.101/05 (art. 2º). Associação, no caso concreto, estruturada empresarialmente, sob o ponto de vista econômico, e, embora não distribua lucro entre os sócios, exerce atividade econômica organizada para a produção e/ou a circulação de bens ou serviços com reversão integral das receitas para o financiamento dos serviços sociais prestados. Solução condizente com a preservação da empresa e da função social dos serviços prestados pela recorrente. Precedentes do STJ (Informativo nº 729) e deste Tribunal. Medidas cautelares não examinadas pelo juízo de 1º grau e, em consequência, não podem ser dirimidas pelo órgão ad quem. Recurso provido parcialmente, para determinar o regular processamento da cautelar antecedente. (TJRJ. 0 884791-55.2023.8.19.0001 – APELAÇÃO. Des(a). CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS - Julgamento: 29/11/2023 - TERCEIRA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 18ª CÂM) Data de Julgamento: 29/11/2023 - Data de Publicação: 30/11/2023)

Ou seja, conforme é possível constatar ao invés da supracitada requerente ser identificada como empresária irregular e não fazer jus aos benefícios da Lei nº 11.101/05, visto que reconhecidamente exerce atividade própria de empresário e por conseguinte, deveria estar transformada para gozar de tal benefício. Ao contrário disso, a decisão supra impõe a prevalência mais uma vez do princípio da preservação da empresa, de modo a chancelar prática que deveria ser reprovável visto que viola diretrizes constitucionais como o princípio da igualdade e da livre concorrência, na medida em que garante tratamento mais benéfico no âmbito fiscal a pessoa jurídica constituída sob a forma de associação.

De igual modo, tem-se ainda, a discricionariedade no tocante à exigência de apresentação das certidões fiscais pelo requerente da recuperação judicial. Senão vejamos, a decisão proferida pela Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE HOMOLOGOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVOS DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELOS CREDORES. 1) A recuperação judicial constitui uma ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do empresário devedor, viabilizando a manutenção de suas atividades, ou seja, seu objetivo é a preservação da empresa. Artigo 47, da Lei 11.101/2005. 2) Das certidões negativas de débitos tributários e da homologação do Plano de Recuperação Judicial. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a matéria no sentido de que a apresentação de certidões negativas de débitos tributários, prevista no art. 57 da Lei nº 11.101/2005, não constitui requisito obrigatório para a concessão da recuperação judicial, ante a incompatibilidade da exigência com a relevância da função social da empresa e o princípio que objetiva sua preservação. Precedentes do c. Superior Tribunal de Justiça e deste e. Tribunal de Justiça. 3) Do controle de legalidade sobre as cláusulas do Plano de Recuperação Judicial. As deliberações de natureza econômica e financeira, sobre as quais a assembleia dos interessados se debruça e examina, não estão sujeitas senão ao simples controle de legalidade; 3.1) Com efeito, descabe ao Judiciário, substituindo-se aos credores, imiscuir-se no mérito de tais decisões, senão quando manifestamente afrontem norma jurídica, o que não me parece de ser o caso; 3.2) Tanto as decisões tomadas em Assembleia Geral de Credores, como a votação do plano de recuperação judicial da empresa devedora, são soberanas, resta ao Poder Judiciário, repito, somente o controle de legalidade dos atos referentes à recuperação intentada. Precedentes. 3.3) Decisão agravada que homologou o plano de recuperação judicial da empresa agravada, aprovado pela ampla maioria dos seus credores presentes na Assembleia Geral de Credores, havendo previsão de deságio para o pagamento a diversas classes de credores, como se observa do documento colacionado às fls. 2884/2913. 3.4) Concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas que é inerente à proposta da recuperação judicial aqui pretendida. Artigo. 50, da Lei de Falências. 3.5) Em outras palavras, o percentual do deságio, assim como as demais condições de pagamento, faz parte da liberdade negocial existente entre credores e devedora, pelo que é vedado ao Poder Judiciário intervir nos percentuais convencionados, salvo se verificada a ocorrência de ilegalidades nesse proceder. 3.6) Dessa forma, a irresignação da empresa recorrente com o resultado da votação do plano de recuperação judicial não pode se resumir a um descontentamento em relação ao deságio que lhe fora imposto, a estipulação de carências e prazos de pagamento, devendo apresentar elementos concretos que evidenciem a necessidade de intervenção do Judiciário para fazer cessar eventual violação à ordem pública ou ao ordenamento jurídico em decorrência do ato então praticado. 3.7) Neste contexto, não se pode interferir nas cláusulas do plano, inclusive, naquela que dispõe sobre a essencialidade dos bens. 3.8) Não se verifica, portanto, nenhuma nulidade. Por isso, a mera insatisfação do credor não basta para afastar a homologação do plano ou para configurá-lo nulo, se ele foi devidamente aprovado por maioria de credores, visando a continuidade da atividade empresarial e sua função social. 4) RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJRJ. 0044259-41.2024.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO - Julgamento: 15/08/2024 - DECIMA NONA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 25ª CÂMARA CÍVEL). Data de Publicação: 19/08/2024)

Assim, conforme pode ser verificado o julgado acima contraria não só dispositivo presente na Lei nº 11.101/05, bem como ao entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos o disposto no artigo 57 da Lei nº 11.101/05:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

A seguir, o entendimento proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO FISCAL. APRESENTAÇÃO. NECESSIDADE. PRECLUSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. INTIMAÇÃO. FAZENDAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. DECISÃO SURPRESA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A questão controvertida resume-se a definir (i) se houve violação à coisa julgada, decisão extra petita e desrespeito ao contraditório e à ampla defesa com a prolação de decisão surpresa e (ii) se pode ser concedida a recuperação judicial sem a apresentação de certidão negativa de débitos tributários.

2. Após a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020 e a implementação de um programa legal de parcelamento factível, é indispensável que as sociedades em recuperação judicial apresentem as certidões negativas de débito tributário (ou positivas com efeitos de negativas) sob pena de ser indeferida a recuperação judicial, diante da violação do artigo 57 da LREF. Precedente.

3. A não apresentação das certidões não enseja o decreto de falência, pois não há previsão legal específica nesse sentido, implicando somente a suspensão da recuperação judicial.

4. Na hipótese, as Fazendas Públicas não foram intimadas da decisão que concedeu a recuperação judicial, de forma que não haveria como dela recorrerem.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte a nulidade decorrente de decisão que viola norma cogente pode ser declarada de ofício, sem que isso implique julgamento extra petita.

6. A exigência de regularidade fiscal está inserta no âmbito de desdobramento causal, possível e natural da controvérsia, obtido a partir de um juízo de ponderação do magistrado à luz do ordenamento jurídico vigente, o que não caracteriza decisão surpresa.

7. Recurso especial não provido.(STJ. REsp 2082781 / SP. RECURSO ESPECIAL 2023/0225989-6. Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147). Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 28/11/2023. Data da Publicação/Fonte: DJe 06/12/2023).

Donde se conclui, que além de violação à democracia e diretrizes constitucionais anteriormente suscitadas, há também violação à segurança jurídica que também possui por diretriz a constitucional.

O fato é que a listagem de casos em que a discricionariedade termina por contrariar expressamente dispositivo legal vem se banalizando e quase sempre sobre a justificativa da sobreposição principiológica. Contudo, existem casos que sequer o juízo deu-se ao trabalho de justificar sua decisão em princípios, conforme ilustra a decisão de deferimento de processamento de recuperação judicial proferida pelo Juízo da 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 13/08/2018, em favor de uma sociedade do gênero simples:

AMBIENTE ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA.. ajuizou pedido de recuperação judicial sustentando, em apertada síntese, a necessidade de superar a crise econômica financeira decorrente de elevado endividamento.

A inicial revela que a empresa foi fundada em 1993 com vistas ao negócio de administração de imóveis, de condomínios e locações. Acontece que a crise econômica que afetou o país teve forte impacto no mercado imobiliário, além de induzir forte inadimplência de condôminos e locatários, obrigando a requerente a desembolsos que a levaram à atual crise em enfrenta. Apesar disso, a requerente confia na recuperação do mercado assim como em sua expertise, de sorte que a reestruturação de seu endividamento será capaz de fazê-la superar o colapso. À inicial de fls. 03/10 foram juntados os documentos a partir de fls. 11 até 18. Depois, vieram aqueles de fls. 31/100 e 167/71. Foram juntadas algumas petições nesse ínterim, cuja análise será efetuada após a oitiva do AJ e do MP, como adiante se determinará.

Parecer Ministerial às fls. 231/40, pelo deferimento do processamento.

É o sucinto relatório, decidido.

A sociedade empresária requerente atendeu aos requisitos do art. 48 da Lei 11.101/05, ao comprovar estar em atividade há mais de 02 (dois) anos. A inicial expõe as causas da crise econômico-financeira, conforme impõe o inciso I do artigo 51 da Lei 11.101/05, vindo acompanhada da documentação exigida pelo inciso II.

Assim, considerando que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, desse modo, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, o pedido inicial merece acolhimento.

Ante o exposto e mais que dos autos consta, defiro o processamento da recuperação judicial de AMBIENTE ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA., inscrita no CNPJ sob o número nº 68.613.678/0001-83, e nos termos do artigo 52 da Lei 11.101/05:(...) (TJ.RJ. Nº do Processo: 0108285-55.2018.8.19.0001)

A decisão acima transcrita demonstrou-se inadequada na medida em que a sociedade em questão tratava-se de uma sociedade do gênero simples, constituída sob o tipo limitada e devidamente registrada no cartório de registro civil de pessoas jurídicas, conforme faz prova o CNPJ extraído do site da Receita Federal:

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL			
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA			
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 68.613.678/0001-83 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL		DATA DE ABERTURA 18/01/1993
NOME EMPRESARIAL AMBIENTE ADMINISTRACAO DE BENS LTDA			
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) *****			PORTE EPP
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 68.22-6-00 - Gestão e administração da propriedade imobiliária			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS Não informada			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 224-0 - Sociedade Simples Limitada			
LOGRADOURO R MEXICO	NÚMERO 148	COMPLEMENTO SALA 1005	
CEP 20.031-142	BAIRRO/DISTRITO CENTRO	MUNICÍPIO RIO DE JANEIRO	UF RJ
ENDEREÇO ELETRÔNICO contabilidade01@gruponegrini.com.br		TELEFONE (21) 3122-0050	
ENTE FEDERATIVO RESPONSÁVEL (EFR) *****			
SITUAÇÃO CADASTRAL ATIVA		DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 08/01/2005	
MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL			
SITUAÇÃO ESPECIAL *****		DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL *****	

Logo, a decisão proferida ignorou por completo a ilegitimidade da requerente para fins de concessão do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial. Essa decisão, assim como tantas outras, as quais não foram no presente trabalho abordado não representam apenas um estado de insegurança jurídica, mas também terminam por deflagrar uma sucessão de equívocos. Isso porque, ao deferir o processamento de recuperação judicial para aquele que não faça jus, o julgador incorre num maior risco de o procedimento não se concluir, dada a inexperiência, falta de expertise e demais características apenas atinentes ao empresário. Por conseguinte, indagar-se-á: qual será o desfecho dado pelo poder judiciário, considerando-se que deferiu recuperação a quem não possuía legitimidade? Ou seja, a pergunta que aqui se faz, é se haverá convolação ou decretação de falência, tendo em vista ser esse o destino do empresário em recuperação que não consegue se soerguer. Todavia, ao proferir decisão nesse sentido o julgador estará violando o texto legal uma segunda vez, na medida em que decreta falência a quem não possui legitimidade...

Conclusão.

A partir da apresentação dos métodos de interpretação adotados pela hermenêutica jurídica foi possível constatar que o suposto avanço doutrinário não ocorreu adequadamente. Percorremos por diversas correntes do positivismo jurídico para ao final verificarmos que já no que se identificou como pós-positivismo o problema da discricionariedade se faz ainda presente e muito mais forte do que no tradicional positivismo kelsiano. Teorias interpretativas sucederam-se aos métodos tradicionais até chegarmos à Teoria da Argumentação, cuja característica precípua é de fazer uso da discricionariedade a partir da ponderação dos princípios, utilizando-a assim como argumento indispensável para solucionar o aparente conflito principiológico. Assim, para evitar os danos demonstrados de violação a democracia, a livre concorrência, a igualdade e até mesmo a segurança jurídica, comungamos da opinião defendida por Lênio Streck para quem os princípios devem ser utilizados como forma de restringir a discricionariedade do julgador e não ao contrário. Pois, somente assim evitar-se-á a violação da legislação e diretrizes constitucionais outrora apresentados.

Referências.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95**, 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm, acesso 31/08/24.

BRASIL. **Lei nº 11.101 (Lei de Falência e Recuperação Judicial)**, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm, acesso 29/08/24.

_____. **Lei nº 14.112**, de 20 de dezembro de 2020. Altera as Leis nºs. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1,
acesso 29/08/24.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

RIBEIRO, Jéssica Cavalcante. B. SANTANA, Guilherme Sabino N. Sidrônio de. Artigo: *Interpretação do Direito e do Discurso Jurídico: Uma análise sobre tipos e métodos de interpretação com base na hermenêutica jurídica*. **Revista Faculdade Direito de São Bernardo do Campo**. Vol 26. Nº 1, 2020. Disponível: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.26_n.1.08.pdf, acesso: 30/08/24.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 4ª edição. São Paulo: SaraivarJur, 2023.

SALOMÃO, Luíz Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: Teoria e Prática**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

STRECK, Luiz Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

