

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

Wilson Alexandre Des Essarts Barufaldi

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: Dos fundamentos do instituto a uma proposta de interpretação do artigo 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005**

Porto Alegre  
2012

WILSON ALEXANDRE DES ESSARTS BARUFALDI

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: Dos fundamentos do instituto a uma proposta de interpretação do artigo 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Peter Walter Ashton

Porto Alegre  
2012

WILSON ALEXANDRE DES ESSARTS BARUFALDI

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL: Dos fundamentos do instituto a uma proposta de interpretação do artigo 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada pela Banca Examinadora em \_\_\_\_\_ de março de 2012.

Banca Examinadora:

---

Orientador: Prof. Dr. Peter Walter Asthon  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

---

Examinador: Prof. Dr.

---

Examinador: Prof. Dr.

---

Examinador: Prof. Dr.

La ciencia sólo puede desarrollarse cuando es libre, y es libre cuando no está sujeta no sólo a influencias externas, es decir políticas, sino cuando es internamente libre, cuando en el juego de argumentos y objeciones impera una completa libertad. Ninguna doctrina puede ser eliminada en nombre de la ciencia, pues el alma de la ciencia es la tolerancia.

Hans Kelsen<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *¿Que es la justicia?* Traducción Ernesto Garzón Valdéz. Buenos Aires: Librería "El Foro", 2006a, p. 51.

Para Caroline, Henrique, Bernardo; Carlos, Olga, Wilson; Iracema,  
Irene, Nádia Cristina; Ciro, Elga, Sônia; Cristiano, Daniela, Vitória,  
Catarina; Luís Fernando e Amanda.

## AGRADECIMENTOS

O título de mestre em Direito pela centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul é fruto de muitas e enriquecedoras relações, do convívio e do afeto de tantas pessoas que seria inapropriado mencionar o nome de apenas algumas, e isto também me faz lembrar a necessidade de expressamente aqui agradecer

ao meu Prof. Orientador, Prof. Dr. Peter Walter Ashton;

ao meu pai e sócio, Wilson Barufaldi;

aos meus irmãos e sócios, Cristiano Roesler Barufaldi e Luís Fernando Roesler Barufaldi;

ao meu tio-avô, Justino Vasconcellos;

ao meu tio, Norberto Baruffaldi;

aos colegas, sócios e profissionais da Barufaldi Advogados;

aos colegas do Instituto de Estudos Jurídico-Empresariais do Rio Grande do Sul – IEJE – e do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC;

aos professores, colegas e profissionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS;

aos profissionais da biblioteca da The College of William & Mary, Marshall-Wythe School of Law, Williamsburg, VA, EUA;

aos profissionais da biblioteca da Facultad de Derecho U.B.A., Buenos Aires; e

a todos os meus familiares, amigos, professores, colegas e clientes, que de tantas e especiais formas contribuíram para a realização deste projeto.

## RESUMO

No presente trabalho, explicitam-se os pressupostos para a pré(compreensão) da recuperação judicial, dentre os quais os deveres de medida aplicáveis ao processo de ponderação realizado com o intuito de interpretar os artigos da Lei n. 11.101, de 2005, e investigam-se os princípios constitutivos e gerais do instituto. Em seguida, realiza-se uma releitura dos pontos estruturais da recuperação judicial, tendo como ponto de partida os seus elementos essenciais, de modo que as propostas formuladas, inclusive quanto à natureza jurídica, ao conceito e aos objetivos do instituto da recuperação judicial, por eles serão norteadas. O trabalho, então, é direcionado para a interpretação do artigo 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005; dispositivo que determina a qualificação dos créditos concedidos ao devedor durante a recuperação judicial como extraconcursais em caso de a sua falência vir a ser decretada. O conteúdo normativo pertinente ao artigo 67 mantém relação material estreita com praticamente todas as decisões a serem tomadas pelos credores e pelo devedor no campo da recuperação judicial. No entanto, a doutrina, até o momento, cingiu-se a emitir comentários breves e bastante contraditórios a seu respeito; nenhuma decisão judicial dedicada a interpretá-lo e aplicá-lo transitou em julgado.

Palavras-chave: Recuperação Judicial – Princípios – Interpretação – Créditos Extraconcursais – Falência

## ABSTRACT

The present study explains the assumptions for the (pre) understanding of judicial reorganization, among which are the duties of measurement for the weighting process carried out in order to interpret the articles of Law no. 11.101, 2005. It also investigates the constituent and general principles of the Bankruptcy Law. In the sequence, there is a rereading of the reorganization structural points, beginning by its essential elements, so that the formulated proposals, including its legal nature, its concept and its judicial reorganization goals, are guided by them. The study is then directed to the interpretation of Article 67, *caput*, Law no. 11.101, 2005; provision which determines the eligibility of credits granted to the debtor during judicial reorganization as post-petition claims in case its liquidation comes to be enacted. The normative content of Article 67 maintains close material relation with virtually all decisions to be taken by creditors and by the debtor in the judicial reorganization field. However, the doctrine, so far, has confined itself to issue brief and very contradictory comments upon this subject; no court decision directed to interpret it and apply it became final.

Keywords: Reorganization - Principles - Interpretation – Post-petition Claims - Bankruptcy



## ABREVIACOES E SIGLAS

AC – Apelação Cível  
ACO – Ação Cível Originária  
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
AgRg – Agravo Regimental  
AI – Agravo de Instrumento  
AMS – Apelação em Mandado de Segurança  
AP – Ação Penal  
ap. - *apud*  
art., arts. – artigo, artigos  
Câm. Cv. – Câmara Cível  
c/c – combinado com  
CAE – Comissão de Assuntos Econmicos do Senado Federal  
CC - Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406 de 10.01.2002)  
CC – Conflito de Competência  
CF – Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988  
Cf. – conforme, conferir  
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 127, de 1.05.1943)  
Coord. – coordenador de obra coletiva  
CPC – Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11.01.1973)  
CPP – Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3.10.1941)  
CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988  
CTN – Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25.10.1996)  
Des., Desa. – Desembargador, Desembargadora  
DJ – Diário de Justiça  
DJe – Diário de Justiça Eletrnico  
DL – Decreto-Lei  
e.g. – *exempli gratia*  
ed. – edição  
EDcl – Embargos de Declaração  
EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei n. 12.441, de 11.07.2011)  
HC – *Habeas Corpus*  
LC – Lei Complementar  
LFRE – Lei de Falência e Recuperação de Empresa (Lei n. 11.101, de 9.02.2005)  
MC – Medida Cautelar  
Min., Mina. – Ministro, Ministra  
MS – Mandado de Segurança  
n. – número  
Org. – organizador de obra coletiva  
p. – página  
p. ex. – por exemplo  
PL – Projeto de Lei  
PLC – Projeto de Lei da Câmara  
publ. – publicação  
QO – Questão de Ordem  
Rcl – Reclamação  
RE – Recurso Extraordinário

Rel., Rela. – Relator, Relatora  
REsp – Recurso Especial  
RMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança  
S. - Seção  
SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial  
SESC – Serviço Social do Comércio  
ss. - seguintes  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
T. – Turma  
TA – Tutela Antecipada  
TJRN - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte  
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo  
Trad. – tradutor (a)  
v.g. – *verbi gratia*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>1 FUNDAMENTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....</b>	<b>21</b>
1.1 PRESSUPOSTOS ADOTADOS PARA A (PRÉ-)COMPREENSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	21
1.1.1 Sobre as normas jurídicas, segundo Hans Kelsen e Robert Alexy .....	22
1.1.2 Os bens jurídicos: objeto de proteção normativa .....	28
1.1.3 Os cânones como argumentos no processo de interpretação jurídica.....	30
1.1.4 Os princípios da recuperação judicial submetidos à ponderação .....	35
1.1.5 A ponderação submetida aos deveres de medida.....	38
1.1.5.1 Dever de igualdade .....	40
1.1.5.2 Dever de razoabilidade .....	43
1.1.5.3 Dever de proporcionalidade.....	47
1.1.5.4 Dever de proibição de excesso .....	52
1.2 DOS PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CONSTITUTIVOS E GERAIS	56
1.2.1 Princípio da recuperação do devedor.....	58
1.2.1.1 Princípio da preservação da empresa.....	59
1.2.1.2 Princípio da cooperação .....	73
1.2.1.3 Princípio da segurança jurídica .....	81
1.2.2 Princípio da satisfação dos interesses dos credores .....	86
1.2.2.1 Princípio da participação ativa dos credores .....	86
1.2.2.2 Princípio da preservação e efetividade dos créditos .....	91
1.2.2.3 Princípio da igualdade entre os credores .....	101
1.2.3 Princípio da eficiência econômico-jurídica .....	104
1.2.3.1 Princípio da maximização dos ativos.....	105
1.2.3.2 Princípio da proibição do enriquecimento ilícito.....	113
1.2.3.3 Princípio da celeridade e transparência processual .....	117
1.3 DO CARÁTER ECONÔMICO E SOCIAL ATINENTE AOS PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	123
1.4 AS CONEXÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS COMO FATOR SISTEMATIZADOR DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	127
<b>2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL: uma releitura de seus pontos estruturais.....</b>	<b>130</b>
2.1 PARA E NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ESPECIFICAÇÃO DOS CONCEITOS-CHAVE .....	130
2.1.1 Empresário .....	131
2.1.2 Sociedade empresária.....	136
2.1.3 Empresa .....	139
2.1.4 Estabelecimento.....	153
2.2 DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A SUA NATUREZA E CONCEITO .....	156
2.2.1 Investigação e apontamento dos elementos essenciais da recuperação judicial....	156
2.2.2 Identificação da natureza jurídica da recuperação judicial .....	163
2.2.3 Reconstrução do conceito de recuperação judicial .....	172
2.3 DOS OBJETIVOS HARMÔNICOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	176
2.3.1 Ausência de hierarquia <i>a priori</i> ?.....	176
2.3.2 Objetivos múltiplos e dinâmicos: imediatos e mediatos.....	185
2.3.3 Análise crítica quanto ao conteúdo e aos meios vinculados aos objetivos.....	192
2.4 DO PROCESSAMENTO DA PRETENSÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	199

2.4.1 Exposição didática do procedimento e estruturação dos prazos .....	199
2.4.2 Legitimidade <i>ad causam</i> : ativa e passiva .....	204
2.4.3 A crise econômico-financeira como condição fática para a ação judicial .....	206
2.4.4 Do despacho inicial: requisitos e efeitos legais .....	213
2.5 DA CONCESSÃO AO TÉRMINO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	218
2.5.1 A viabilidade de recuperação do devedor como requisito concreto .....	218
2.5.2. Sobre a concordância da maioria dos credores e do devedor .....	220
2.5.3 Da decisão judicial concessiva: natureza e efeitos legais .....	222
2.5.4 Do término da recuperação judicial: sentença ou falência .....	234
<b>3 INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 67, <i>caput</i>, DA LFRE: uma proposta .....</b>	<b>240</b>
3.1 DO PROBLEMA: COLOCAÇÃO .....	240
3.2 DO MÉTODO: EXPOSIÇÃO .....	246
3.3 DAS HIPÓTESES: FUNDAMENTAÇÃO .....	252
3.3.1 Primeira hipótese: da distribuição da ação .....	252
3.3.2 Segunda hipótese: do despacho inicial .....	257
3.3.3 Terceira hipótese: da aprovação tácita do plano .....	261
3.3.4 Quarta hipótese: da aprovação do plano pela Assembleia-geral .....	269
3.3.5 Quinta hipótese: da decisão que concede o pedido .....	270
3.4 DOS FUNDAMENTOS: ANÁLISE .....	278
3.4.1 Os argumentos à luz dos cânones .....	279
3.4.2 Ponderações à luz dos deveres de medida .....	290
3.5 DO RESULTADO: A NORMA JURÍDICA (PREMISSA MAIOR) E OS POSSÍVEIS APERFEIÇOAMENTOS .....	301
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>305</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>313</b>
<b>RELAÇÃO DE JULGADOS .....</b>	<b>326</b>

## INTRODUÇÃO

Toda pessoa vinculada a uma ordem econômica pautada pela livre concorrência, de algum modo e em diferentes graus, está conectada aos efeitos advindos de períodos de prosperidade e de crise a que se submetem as atividades empresariais exercidas sob aquela ordem.

O tecido social encontra no êxito daqueles que exercem a empresa uma parte importante do conjunto de recursos necessários para o seu aperfeiçoamento. A relevância da empresa, assim, pode ser percebida também na sua relação entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito – soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; pluralismo político –<sup>2</sup> e os seus objetivos – construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos –,<sup>3</sup> para, a partir daí, ser possível afirmar que a preservação e o desenvolvimento das empresas exercidas no Brasil constituem – ou deveriam constituir-se – em um interesse comum da universalidade heterogênea de pessoas – físicas e jurídicas, de direito privado e público – que se encontram vinculadas à República Federativa do Brasil.

As recentes mudanças legislativas relacionadas ao Direito Concursal e a grande quantidade de decisões judiciais que adotam como razão de decidir o princípio da preservação da empresa, compreendida esta como objeto de tutela jurídica, evidenciam um realinhamento das medidas destinadas à recuperação dos empresários e sociedades empresárias envolvidos por uma crise econômico-financeira.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Art. 1º, da CRFB.

<sup>3</sup> Art. 3º, da CRFB.

<sup>4</sup> Cf. Campinho: "As severas transformações sócio-econômicas, acrescidas da novel percepção axiológica do direito, fundado na livre concorrência e na dignidade da pessoa humana, conduziram o legislador a repensar uma norma falencial mais voltada para a salvação das empresas do que para a punição das mesmas com a decretação da quebra, o que conduzia, a um só tempo, devedores e credores para situações deveras desvantajosas. Enfim o direito concursal não atendia mais as agruras da crise da empresa, impondo-se um marco separatório entre o passado e o presente; entre o processo liquidatório de outrora e o recuperatório." (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, prefácio. Sobre o caráter social, ver: MILANI, Mario Sergio. *Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 199).

A nova legislação falimentar brasileira – Lei n. 11.101, de 2005 –,<sup>5</sup> com o intuito de apresentar soluções ao Decreto-lei n. 7.661, de 1945,<sup>6</sup> inovou em diversos aspectos, mas, sobretudo, ao introduzir no ordenamento jurídico o instituto da recuperação judicial, o qual concede ao empresário ou à sociedade empresária a faculdade, por meio de um processo judicial, de tentar encontrar, com a cooperação de seus credores, uma nova e planejada oportunidade para superar a crise econômico-financeira em que se encontra, de modo que as obrigações contraídas possam ser adimplidas e a empresa por ele exercida ser preservada, estimulando-se, por conseguinte, a atividade econômica.

As mudanças entusiasmaram muitos, o que, talvez, seja uma das causas das aparentes distorções e exageros quanto ao conteúdo e alcance de suas normas.<sup>7</sup> De um lado, muitas são as manifestações acerca do novo instituto que se limitam, unicamente, em repetir as palavras constantes nos dispositivos legais, os denominados “comentários”. De outro, renomados doutrinadores têm exaltado uma suposta hierarquia *a priori* do princípio da preservação da

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 1º ago. 2011.

<sup>6</sup> Cf. Altemani e Silva: “A doutrina há muito reivindicava a modificação do direito concursal falimentar brasileiro, pleiteando instrumentos legais que possibilitassem a recuperação do devedor [...]” (ALTEMANI, Renato Lisboa; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Manual de verificação e habilitação de créditos na lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 33). Cf. Bezerra Filho: “Pretendeu-se introduzir no Brasil, com esta nova legislação falimentar, a moderna visão que impera no direito americano, com o *Bankruptcy Code*, que constitui o Título I do *Bankruptcy Reform Act*, de 1978;” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências*: comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 122). Sobre o trâmite do *Bankruptcy Code*: “In the Court’s Word: Initially, it is worth recalling that Congress worked on the formulation of the Code for nearly a decade. It was intended to modernize the bankruptcy law [...]” (EPSTEIN, David G.; NICKLES, Steve H.; WHITE, James J.. *Bankruptcy*. St. Paul, Minn.: West, 1993, p. 5).

<sup>7</sup> Cf. Biolchi, relator do Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, referente à recuperação judicial, na Câmara dos Deputados: “Bem relevante destacar o espírito dessa nova Lei que tem o objetivo primacial voltado para a recuperação da empresa, possibilitando a sua continuidade, mantendo e gerando empregos e ainda pagando os tributos devidos.” (BIOLCHI, Osvaldo. Apresentação. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XXXVIII). Mais: “Aliás, diga-se de passagem, a doutrina social da Igreja Católica, amiúde, ensinou que os salários dos trabalhadores sempre dependem da competência do empregado, de suas necessidades pessoais e, sobretudo, da capacidade de pagamento do empregador, para concretude de vida digna, como revelam as encíclicas papais.” (Ibid., p. XXXIX). Cf. Derzi: “De fato, o princípio da preservação da empresa somente agora, com o advento da nova Lei, encontra condições materiais e procedimentais para prosperar.” (DERZI, Misabel de Abreu M., FRATTARI, Rafhael. Dispositivos do CTN – Lei n. 11.101/05. In: LIMA, Osmar Brina Corrêa; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1325).

empresa sobre os demais princípios constitutivos do subsistema da recuperação judicial,<sup>8</sup> em face do texto contido no art. 47 da Lei.<sup>9-10</sup>

Isso significaria dizer que *a priori* o princípio da preservação da empresa estaria em um nível superior em relação a todos os demais princípios estruturantes do instituto, devendo-lhe, então, ser sempre conferida a sua eficácia preponderância quando em colisão com qualquer outro, pois o interesse social na manutenção da atividade empresarial está acima dos interesses dos credores na recuperação judicial.<sup>11</sup> A releitura realizada neste trabalho demonstra que outra compreensão é possível.

A contundência da doutrina tem gerado efeitos sobre os juízes, como se constata nas decisões judiciais que tratam da interpretação e aplicação dos artigos da Lei n. 11.101, de 2005.<sup>12</sup> Todavia, nem a doutrina, nem as decisões judiciais explicitam – ou parecem considerar – as conexões que há entre todos os princípios formadores do instituto e os efeitos econômico-jurídicos daí advindos, inclusive no plano social, quando a um dos princípios é dada uma prevalência sobre os demais, que o coloca em um nível onde não se deixa confrontar pelos princípios restringidos *a priori*.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Cf. Perin Junior: “O objetivo principal do instituto da recuperação judicial é a manutenção da atividade empresarial como fonte de alto interesse social [...]; o pagamento dos credores será apenas a consequência. Daí, também, uma mudança paradigmática.” (PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135).

<sup>9</sup> Cf. De Lucca: “Trata-se do artigo que instituiu a maior novidade da NLF. Pode-se dizer, em certo sentido, que ele traduz o espírito que terá enformado toda a nova disciplina jurídica que acaba de ser dada à estampa em fevereiro do corrente ano de 2005.” (DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 202).

<sup>10</sup> Cf. Bezerra Filho, o art. 47 é “verdadeira declaração de princípios”. (BEZERRA FILHO, 2009, p. 41-42).

<sup>11</sup> Cf. Salomão Filho: “[A Lei 11.101] Pressupõe e inclui princípios que não podem ser negados ou descumpridos, qualquer que tenha sido o grupo de interesses que mais influenciou sua elaboração. [...] é também necessário reconhecer que a recuperação de empresas pressupõe princípios e objetivos que não podem ser desconsiderados. O principal deles é o da preservação da empresa, expressamente declarado no art. 47 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (nova Lei de Falências) como princípio da recuperação de empresas.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005 - artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42). Cf. Bezerra Filho: “Esta Lei pretende trazer para o instituto da falência e da recuperação judicial uma nova visão, que leva em conta não mais o direito dos credores, de forma primordial, como ocorria na lei anterior.” (BEZERRA FILHO, op. cit., p. 121-122).

<sup>12</sup> Por exemplo, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. CC 111.074. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *DJe* 04 out. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. 2ª S. CC 111.645. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *DJe* 08 out. 2010.

<sup>13</sup> Cf. Zylbersztajn e Sztajn: “não obstante a abordagem multidisciplinar da Análise Econômica do Direito ter surgido há 50 anos, o Brasil não tem se acercado desse processo de desenvolvimento científico no campo das Ciências Sociais. A produção científica nacional interdisciplinar, nessa área do Direito, Economia e Organizações, é escassa e inadequada.” (ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005b, p. VI).

A problemática central do Direito Concursal parece estar na busca de soluções passíveis de serem racionalmente demonstradas por meio da argumentação, e que promovam, no plano dos fatos, o conjunto de princípios formadores do instituto, o que pressupõe a integração, ao menos em tese, entre o princípio da recuperação do devedor e o princípio da satisfação dos interesses dos credores, de modo que a prevalência de um ou outro, no caso concreto, promova a eficácia do princípio da eficiência econômico-jurídica.<sup>14</sup>

Considerando que determinadas interpretações dadas aos artigos da Lei n. 11.101, de 2005, podem importar em uma preponderância de um ou outro princípio sobre os demais, refletindo-se nos próprios objetivos do instituto – por exemplo, (a) preservar o estabelecimento e não a recuperação do devedor; (b) estimular a economia e não a manutenção da fonte produtora; (c) adimplir as obrigações contraídas pelo devedor e não preservar a empresa; (d) cooperar para a recuperação do devedor e não manter os empregos –, torna-se importante investigar e expor uma proposta de como pode ser realizado o controle da aplicação dos princípios na interpretação – e assim nas decisões judiciais – dos dispositivos referentes à recuperação judicial. O trabalho visa a este propósito, e de seu caráter prático fará uso na elaboração de uma proposta de interpretação do art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005.<sup>15</sup>

O art. 67, *caput*, da LFRE dispõe que serão considerados extraconcursais os créditos decorrentes de obrigações firmadas com o devedor durante a recuperação judicial, caso venha a ser decretada a sua falência, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo.<sup>16</sup> No entanto, o texto não é preciso o suficiente no que

---

<sup>14</sup> Cf. Ochoa e Weinmann: “Assim, em termos teóricos, embora bem-intencionada, a lei propõe uma fórmula que, se não for bem dosada em sua aplicação, significaria o sacrifício dos credores, em prol da artificial manutenção da atividade empresarial sem lastro econômico e sem viabilidade empresarial. Uma empresa nessas condições prosseguirá contratando obrigações com outros agentes econômicos e, se não puder honrar seus compromissos, poderá arrastá-los, junto consigo, aos abismos da insolvência.” (OCHOA, Roberto Ozelame; WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Recuperação empresarial: nova lei de falências e novo direito penal falimentar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62-63).

<sup>15</sup> Cf. Alexy: “A Ciência do Direito, na forma como levada a cabo hoje, é, em primeira instância, uma disciplina prática, porque a pergunta central, em um caso real ou hipotético, diz respeito ao que deve ser.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37).

<sup>16</sup> Art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005: “Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.” O art. 84, da LFRE, elenca a ordem dos créditos extraconcursais, e o seu inciso V repete o *caput* do texto do art. 67.



tange, mormente, ao alcance da expressão “durante a recuperação judicial”,<sup>17</sup> que poderá, por exemplo, abranger as obrigações contraídas pelo devedor no período posterior à data do despacho que defere o processamento do pedido (art. 52) ou apenas as obrigações contraídas após a decisão que efetivamente concede o pedido de recuperação judicial (art. 58).

A interpretação restritiva poderá importar em uma redução da eficácia do princípio social da recuperação do devedor e em um aumento da eficácia do princípio social da satisfação dos interesses dos credores. A interpretação extensiva, por outro lado, poderá reduzir a eficácia deste e aumentar a daquele.

A doutrina, com relação ao *caput* do art. 67, em sua maior parte, limita-se em assinalar que o texto se constitui em uma novidade, por meio da qual o legislador teve a intenção de facilitar para o devedor o acesso ao crédito durante a recuperação judicial.<sup>18</sup> Contudo, o conteúdo e a eficácia do dispositivo citado transcendem a concessão de crédito em si, a ponto de estabelecer conexões com todos os princípios pertinentes ao instituto, bem como, com os principais atos judiciais praticados ao longo do processo.

No judiciário, a matéria foi apreciada, pela primeira vez, no julgamento do AI 70025116567, pela 6ª Câmara Cível do TJRS. No acórdão consta que “a Lei nº 11.101/05, em sua redação final, aprovada de afogadilho, acabou por contemplar imprecisões técnicas que por certo desaguarão em alguns milhares de novos processos judiciais. Esse o caso da disposição constante no art. 67, da Nova Lei de Falências [...]”.<sup>19</sup> E, ainda: “A jurisprudência pátria ainda não teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema, e a doutrina ainda se mostra muito insipiente no assunto [...]”.<sup>20</sup> Contra o acórdão foi interposto o REsp 1185567,

---

<sup>17</sup> Cf. Verçosa, sobre a LFRE: “um texto legal prenhe de defeitos de técnica legislativa e, no mérito, não tendo conseguido trabalhar com competência e suficiência os institutos ali versados.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, prefácio).

<sup>18</sup> Ver, p. ex.: MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 55 a 69. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 317. COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178-179.

<sup>19</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª C.Cív. AI 70025116567. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. *DJ* 27 abr. 2009.

<sup>20</sup> *Ibid.*

que, tendo sido admitido, aguarda julgamento pelo STJ. Ao REsp foi conferido efeito suspensivo por força da decisão proferida na MC 16662.<sup>21</sup>

A interpretação que vier a prevalecer influenciará, por certo, as decisões de todas as pessoas que contrataram ou poderiam contratar com qualquer empresário ou sociedade empresária que tenha ajuizado uma ação de recuperação ou encontra-se na iminência de ajuizá-la, assim como, influência exercerá sobre a decisão que vier a ser tomada pelos credores nas deliberações acerca do plano de recuperação.

Deste modo, flagrante a relevância de se investigar o marco a partir do qual os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial devem ser considerados extraconcursais no caso de a falência do devedor ser decretada, com o intuito de se contribuir com uma proposta de interpretação do art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005.<sup>22</sup> Para tanto, trabalhar-se-á com cinco hipóteses.<sup>23</sup> Cumpre sintetizá-las:

*Primeira hipótese:* os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor após a data da distribuição da Ação de Recuperação Judicial devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

*Segunda hipótese:* os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor após a data do despacho inicial que defere o processamento do pedido de recuperação, previsto no art. 52 da LFRE, devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

*Terceira hipótese:* os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor após a data em que se extinguiu o prazo para os credores impugnarem o plano de recuperação, sem que nenhuma impugnação tenha sido apresentada, portanto, os créditos posteriores à aprovação tácita do plano pelos credores, *ut* art. 55 combinado com o art. 58, *caput*, da LFRE, devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. MC 16.662. Relatora: Mina. Maria Isabel Gallotti. *DJe* 11 abr. 2011.

<sup>22</sup> Cf. Canaris: “todo o pensamento científico é em geral pensamento problemático – pois um *problema* nada mais é do que uma questão cuja resposta não é, de antemão, clara.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 246).

<sup>23</sup> As hipóteses estão ordenadas conforme o momento em que o fato relevante, possível definidor do marco inicial da incidência da norma ocorre, iniciando-se com a distribuição da Ação de recuperação judicial.

*Quarta hipótese:* os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor após a data da assembleia-geral de credores em que o plano de recuperação foi aprovado nos termos do art. 45, §§ 1º e 2º, combinado com o art. 58, *caput*, da LFRE, devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

*Quinta hipótese:* os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor após a data da decisão que concedeu o pedido de recuperação judicial, prevista no art. 58 da Lei n. 11.101, de 2005, devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

O trabalho, de caráter teórico-prático,<sup>24</sup> está estruturado em três capítulos, cuja integração se dá, de um lado, pela relação entre o conteúdo contido em cada uma delas, e, de outro, por conferirem recíproco suporte teórico.

No primeiro capítulo são aduzidos os fundamentos da recuperação judicial, o que abarca os pressupostos adotados para a (pré-)compreensão do instituto e os seus princípios. Ao conteúdo e à eficácia de cada um dos princípios será dada especial atenção, a ponto de ser possível sintetizar o mandamento de otimização contido em cada um deles, pois se não houver clareza na estrutura dos direitos e em suas normas, inexistirá clareza na sua fundamentação.<sup>25</sup>

À releitura dos pontos tidos como centrais para o êxito do processo e do estado de recuperação judicial será dedicado o segundo capítulo. De início, investigar-se-ão os conceitos de *empresário*, *sociedade empresária*, *empresa* e *estabelecimento* na e para a Recuperação Judicial, os quais serão utilizados ao longo do trabalho. Em seguida, buscar-se-á a identificação dos elementos essenciais do instituto, a partir dos quais se reexaminará a sua *natureza jurídica*, o seu *conceito* e os seus *objetivos*; bem como, os pontos que conferem à recuperação judicial funcionalidade: *procedimentos*, *prazos*, *legitimidade*, *atos judiciais* e *efeitos*.

O último capítulo é dedicado à interpretação, propriamente dita, do art. 67, *caput*, da LFRE. Inobstante a falta de um reconhecimento geral quanto à relação entre os argumentos de

---

<sup>24</sup> Cf. Canaris: “a Ciência do Direito é, como poucas outras Ciências, imediatamente dirigida e preparada para efeitos *práticos*.” (CANARIS, 2002, p. 148).

<sup>25</sup> ALEXY, 2008, p. 45.

formas diferentes, não rara tomada como um problema de hierarquia dos cânones,<sup>26</sup> acrescida do fato de que a ponderação não assegura uma certeza definitiva,<sup>27</sup> simular-se-á uma discussão imaginária, a fim de que a proposta de interpretação que vier a ser formulada evidencie o seu caráter racional.

Todos os temas abordados o foram porque estão conectados – em menor ou maior intensidade – com os propósitos acima mencionados, sobretudo com o conteúdo do art. 67, *caput*, da LFRE.<sup>28</sup> Pela mesma razão, os limites expositivos e investigativos – tanto em sua extensão quanto profundidade – foram fixados. Por fim, anota-se que este trabalho se constitui em uma experiência negativa.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 241.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>28</sup> Cf. Larenz: “No início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma ‘pré-compreensão’, com que acede ao texto.[...] Sem uma tal pré-compreensão [...] seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma ‘conjectura de sentido’. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender.” (LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 288).

<sup>29</sup> Cf. Gadamer: “a verdadeira experiência, é sempre negativa. Quando fazemos uma experiência com um objeto significa que até então não havíamos visto corretamente as coisas e que só agora nos damos conta de como realmente são. Assim, a negatividade da experiência possui um sentido marcadamente produtivo. Não é simplesmente um engano que é visto e corrigido, mas representa a aquisição de um saber mais amplo.” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 462).

## 1 FUNDAMENTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 1.1 PRESSUPOSTOS ADOTADOS PARA A (PRÉ-)COMPREENSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Tribunal Pleno do STF, ao julgar a ADI 3.934-2, decidiu, por maioria, que: (i) inexistente reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial; (ii) não há inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas; (iii) não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários; e, ainda, (iv) a Lei n. 11.101, de 2005, objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.<sup>30</sup>

Do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, extraem-se as razões que justificam examinar, e aqui expor, os pressupostos para a adequada compreensão da recuperação judicial. O referido voto adota como ponto de partida (i) a distinção entre as espécies normativas – regras e princípios – proposta por Robert Alexy; (ii) a exigência de ponderação entre princípios ou interesses opostos, à luz de uma situação concreta (conflito de normas); e (iii) a relatividade dos valores e princípios constitucionais. *In verbis*:

É que, na conhecida definição do referido jurista germânico [Robert Alexy], princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes, razão pela qual a sua concretização demanda sempre um juízo de ponderação de interesses opostos, à luz de uma situação concreta.

As condições fáticas e jurídicas, no seio das quais o juízo de ponderação é levado a cabo, contudo, nem sempre são os ideais, visto que a tendência expansiva dos princípios tende a fazer com que a realização de um deles, no mais das vezes, se dê em detrimento da concretização de outro.

No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igualmente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o qual se defrontou.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3934-2. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 06 nov. 2009.

<sup>31</sup> *Ibid.*

A relevância dos pressupostos adiante aduzidos, no campo da recuperação judicial, também foi reconhecida pelo STJ, consigna-se:

Contudo, há uma sutileza na forma como a questão está colocada, que é suficiente para desmontar a suposta contradição. A delicadeza da situação reside, justamente, em que não se está propriamente a discutir a aplicação de uma *regra* específica, mas sim de um *princípio*, qual seja, o da preservação da empresa, que é fundamental para qualquer discussão a respeito da matéria falimentar, *seja no atual ou no antigo Diploma*.<sup>32</sup>

Cumpra, assim, anotar que a interpretação do art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, implica, necessariamente, a ponderação dos princípios e argumentos subjacentes à regra jurídica contida no citado dispositivo, e, por conseguinte, demanda a aplicação de normas metódicas – *deveres de medida* –, dentre as quais se destaca a proporcionalidade, a exemplo do que ressaltou o Ministro Lewandowski acerca da sucessão das dívidas trabalhistas na recuperação judicial:

Assim, o exame da alegada inconstitucionalidade material dos dispositivos legais que estabeleceram a incoerência de sucessão das dívidas trabalhistas, na hipótese da alienação judicial de empresas, passa necessariamente pelo exame da adequação da escolha feita pelo legislador ordinário no tocante aos valores e princípios constitucionais aos quais pretendeu emprestar eficácia.<sup>33</sup>

### 1.1.1 Sobre as normas jurídicas, segundo Hans Kelsen e Robert Alexy

No direito o que importa é o que deve ser.<sup>34</sup> Com o termo “norma” se quer significar que algo *deve* ser, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira. O verbo “dever” significa um ato intencional dirigido à conduta de outrem, o qual contém o “ter permissão” e o “poder” (ter competência).<sup>35</sup> O ordenamento jurídico regula o comportamento humano.<sup>36</sup> Destarte, a Lei n. 11.101, de 2005, tem como fito disciplinar a conduta das pessoas vinculadas ao processo de recuperação judicial – como, por exemplo, do empresário, da sociedade empresária, dos credores, do administrador judicial e do juiz – e não se destinada aos bens, às atividades ou às coisas pertinentes à empresa.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 959695. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. DJe 10 mar. 2009.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> ALEXY, 2008, p. 153.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006b, p. 260, p. 6.

<sup>36</sup> Ibid., p. 5.

<sup>37</sup> Cf. Engisch, todos vivem sob o Direito e são por ele constantemente afetados e dirigidos. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Calouste, 2008, p. 12).

Kelsen fez a distinção entre norma jurídica e proposição jurídica.<sup>38</sup> Alexy promoveu o uso do conceito semântico de norma, cujo ponto de partida é a diferenciação entre norma e enunciado normativo, sendo a norma o significado do enunciado normativo (texto).<sup>39</sup> E isso se justifica pelo fato de que: a) uma mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos; b) pode haver normas sem que os enunciados façam uso de expressões como “proibidos” ou “não podem”; c) as normas podem ser expressas sem que haja enunciados.<sup>40</sup> Kelsen e Alexy assemelham-se no que tange ao conceito semântico de norma, havendo divergência no aspecto em que Kelsen declara ser a norma um ato de vontade, enquanto Alexy a conceitua como o significado de um ou mais enunciados normativos.<sup>41</sup>

A distinção entre o texto e a norma também é adotada pelo STF. O Tribunal Pleno do Pretório Excelso, no julgamento da Rcl 6568, fundou a sua decisão na força normativa da Constituição como um todo, desprendida de sua totalidade normativa, cabendo ao intérprete dela extrair os seus sentidos normativos, não sendo a Constituição um conjunto de enunciados que se possa ler de forma bem ordenada, palavra por palavra.<sup>42</sup> No voto do relator, Ministro Eros Grau, consta que está “assentado o pensamento que distingue o texto normativo e norma jurídica, a dimensão textual e a dimensão normativa do fenômeno jurídico”, cabendo ao intérprete, por meio da interpretação, estabelecer o sentido do texto dentro de uma determinada situação no contexto histórico presente.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> KELSEN, 2006b, p. 80-81.

<sup>39</sup> ALEXY, 2008, p. 53.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 54. Cf. Alexy, a discussão acerca do conceito de norma não tem fim, e sintetiza os conceitos de Hans Kelsen, Niklas Luhmann, John Austin, Theodor Geiger, Jerzy Wróblewski e Hart, para, então, dizer que o conceito semântico é sólido o suficiente para suas análises e, concomitantemente, frágil para que seja compatível com o maior número de decisões relacionadas aos problemas relacionados à interpretação e aplicação dos direitos. (*Ibid.*, p. 52).

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 53, em nota de rodapé.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl 6568. Relator: Min. Eros Grau. *DJe* 25 set. 2009. Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 153. Relator: Min. Eros Grau. *DJe* 05 ago. 2010.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl 6568. Relator: Min. Eros Grau. *DJe* 25 set. 2009. O Min. Eros Grau ainda aduz em seu voto: “Todo e qualquer texto normativo é obscuro até o momento da interpretação. [...] A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [=concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [=mundo da vida].” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl 6568. Relator: Min. Eros Grau. *DJe* 25 set. 2009, p. 15-16). Em atenção aos pressupostos adotados neste trabalho, cumpre consignar: (i) o conteúdo

O conceito semântico de norma “é o mais adequado de todos” para se trabalhar com problemas da dogmática jurídica e da aplicação do Direito, que, entre outros, envolve questões referentes à interpretação, validade e aplicação de uma norma.<sup>44</sup> Por tais razões, tal conceito é o utilizado para se propor uma interpretação do art. 67, *caput*, da LFRE.

Alexy ainda faz a distinção da norma jurídica em das espécies: a norma é uma regra ou um princípio,<sup>45</sup> porque: (i) “ambos dizem o que deve ser”; (ii) “ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”; (iii) ambos são “razões para juízos concretos de dever-ser.”<sup>46-47</sup>

Os princípios são conceituados como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não

---

semântico do texto, ponto inicial da interpretação, vincula o intérprete, de modo que, não raro, o seu sentido pode ser claro o suficiente para não gerar grandes dúvidas, como ocorre, por exemplo, acerca de uma regra que estabelece o limite máximo de velocidade. A eventual não aplicação da regra poderia ocorrer, no caso concreto, se houvesse uma condição fática que afastasse o seu princípio subjacente. Daí parecer exagero a afirmativa de que todo texto é obscuro, não obstante mais de uma interpretação acerca do alcance da norma ser possível, em tese; (ii) da forma como consta no voto, interpretação e aplicação ocorreriam de forma concomitante, em um único ato. Isso deixaria, por exemplo, sem explicação as centenas de interpretações de textos do ordenamento que não são aplicadas, como, por exemplo, aquelas proferidas no próprio STF que são vencidas; (iii) a inserção do direito na realidade parece ser realizada no momento em que a lei entra em vigência, e não por meio de sua interpretação; (iv) as expressões “universal” e “transcendente” sugerem que a fonte originária do direito material encontra-se além ou acima da Constituição Federal, não passível de ser conhecida e compreendida por todos, portanto, algo não contrastável, o que afasta a racionalidade do direito; (v) a distinção entre texto e norma não confere liberdade para que o intérprete imponha ao texto a norma que melhor expresse o seu subjetivismo.

<sup>44</sup> ALEXY, 2008, p. 60.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>47</sup> As diretrizes propostas por Alexy mostram-se perfeitamente adequadas para o manuseio das normas relacionadas ao instituto da recuperação judicial, sendo desnecessário, e até intempestivo, que tais distinções sejam aqui examinadas, porquanto estariam além da delimitação exigida pelo tema. Ademais, reitera-se que o conceito de princípio formulado por Alexy tem repercutido no STF, inclusive quando *sub judice* a constitucionalidade de dispositivos da LFRE. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.934-2. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 06 nov. 2009. De qualquer forma, sobre os diferentes conceitos conferidos aos princípios e às regras pela doutrina, assim como, quanto às soluções para os conflitos normativos, ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-50 e p. 113-125; ALEXY, op. cit., p. 85-179; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007b, p. 63-149, p. 63-149; ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, 2010, p. 35-79; CANARIS, 2002, p. 96; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1143-1173; HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: SALOMÃO LEITE, George (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 89-127.



depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]”.<sup>48</sup> Enquanto as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”<sup>49</sup>

Os princípios não possuem a força de um “mandamento definitivo”, mas apenas “*prima facie*”.<sup>50</sup> A extensão do conteúdo de um princípio é limitada pelos princípios colidentes e pelas possibilidades fáticas.<sup>51</sup> As regras, por sua vez, “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam”. O caráter definitivo das regras está sujeito à introdução, no caso concreto, de uma cláusula de exceção, inclusive “em virtude de um ou mais princípios”.<sup>52</sup>

Considerando que o *caput* do art. 67 da LFRE contém, preponderantemente, conforme proposto por Alexy, uma regra jurídica, deve-se aqui sublinhar que não se confunde o caráter *prima facie* adquirido pela regra que teve seu caráter definitivo alterado por força de uma ponderação englobando o princípio que lhe é subjacente com o caráter *prima facie* dos princípios. O princípio cede lugar a um princípio colidente quando a este é dado maior peso; contudo, o caráter definitivo de uma regra não pode ser afastado apenas pelo fato de ser dado maior peso a um princípio colidente com o princípio que sustenta tal regra, “é necessário que sejam superados também aqueles princípios [formais] que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida.”<sup>53</sup>

Alexy destaca que “a carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras,” o qual se funda “na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada”,

---

<sup>48</sup> ALEXY, 2008, p. 90.

<sup>49</sup> Ibid., p. 91.

<sup>50</sup> Ibid., p. 104.

<sup>51</sup> Ibid., p. 104.

<sup>52</sup> Ibid., p. 104. Cf. Alexy: “as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis.” (Ibid., p. 104).

<sup>53</sup> Ibid., p. 105.

por isso o caráter *prima facie* das regras “continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte.”<sup>54</sup>

Parece ser decisivo, para uma correta aplicação dos princípios, compreender que não se extraem de um princípio, com caráter *prima facie*, razões definitivas para uma decisão concreta de modo automático ou direto, fazendo-se uso, simplesmente, da amplitude semântica do princípio. Para que se possa partir do *prima facie* para o definitivo é imprescindível que o caminho seja pautado por argumentos e ponderações a cada caso concreto. O caminho que vai do direito *prima facie* (princípio) até o definitivo passa pela definição de uma relação de preferência, que, conforme a lei de colisão, definirá uma regra.<sup>55</sup>

O fato de que duas normas, se aplicadas isoladamente, podem conduzir a “resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios” é o ponto comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras.<sup>56</sup>

O conflito entre regras “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”<sup>57</sup> Caso isso não seja possível, “pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico.”<sup>58</sup> O conceito de validade das regras não é gradual. Segundo Kelsen, “duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem”,<sup>59</sup> devendo apenas uma delas “ser tida como objetivamente válida”,<sup>60</sup> no mesmo sentido, portanto, de Alexy.

No que tange à colisão entre princípios, cabe assinalar que dela resultará, após a ponderação fundamentada de interesses,<sup>61</sup> na cessão de um deles, sem que nenhum tenha de

---

<sup>54</sup> ALEXY, 2008, p. 106.

<sup>55</sup> Ibid., p. 108.

<sup>56</sup> Ibid., p. 92.

<sup>57</sup> Ibid., p. 92.

<sup>58</sup> Ibid., p. 92.

<sup>59</sup> KELSEN, 2006b, p. 84.

<sup>60</sup> Ibid., p. 229.

<sup>61</sup> Alexy faz a observação de que o Tribunal Constitucional Federal alemão para caracterizar os objetos de ponderação, faz uso de conceitos antropológicos de modo mais frequente do que termos deontológicos e axiológicos, sendo que, nesse sentido, como caracterização de objetos sujeitos à ponderação, os termos deixam de designar “conceitos puramente antropológicos”, e passam a se referir “a conceitos que têm uma

ser declarado inválido. Tampouco terá de ser introduzida uma cláusula de exceção.<sup>62</sup> Ocorre que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, podendo, em outras condições, a colisão ser resolvida de forma oposta, porquanto os princípios, nos casos concretos, “têm pesos diferentes”, e “os princípios com o maior peso têm precedência.”<sup>63</sup>

As condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente no caso concreto.<sup>64</sup> Sobre a conexão entre as relações de preferências condicionadas e as regras, Alexy formula o que chama de “lei de colisão”, segundo a qual: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”<sup>65</sup>

A colisão, ou tensão, entre princípios, e isso é importante, não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, porquanto nenhum, por si só, tem prioridade absolutamente. O conflito deve ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”, a fim de que se possa verificar, no caso concreto, qual deverá prevalecer,<sup>66</sup> uma vez que os deveres devem ser aplicados “na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.”<sup>67</sup> Alexy expõe o seu raciocínio nos seguintes termos: denominam-se os princípios colidentes de P e P<sup>1</sup>, os quais levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. P levaria a um dever x, enquanto P<sup>1</sup> a um dever y. O sinal P representa a relação de precedência. O sinal C, as condições sob as quais um princípio deve prevalecer sobre o outro. Destarte, haveria quatro possibilidades:<sup>68</sup>

- (1) P<sup>1</sup> P P<sup>2</sup>.
- (2) P<sup>2</sup> P P<sup>1</sup>.
- (3) (P<sup>1</sup> P P<sup>2</sup>) C.
- (4) (P<sup>2</sup> P P<sup>1</sup>) C.

---

dimensão deontológica ou uma dimensão axiológica”, passíveis, portanto, de serem substituídos “por algum termo deontológico ou axiológico.” (ALEXY, 2008, p. 146, nota de rodapé n. 162).

<sup>62</sup> Ibid., p. 93.

<sup>63</sup> Ibid., p. 93-94.

<sup>64</sup> Ibid., p. 121.

<sup>65</sup> Ibid., p. 99.

<sup>66</sup> Ibid., p. 95.

<sup>67</sup> Ibid., p. 95.

<sup>68</sup> Ibid., p. 96-97.

As situações (1) e (2) importariam em regras de prevalência incondicionadas ou absolutas, possibilidades excluídas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha,<sup>69</sup> e também pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>70</sup> uma vez que são os elementos presentes no caso concreto que fundamentarão a prevalência de um princípio sobre outro que, abstratamente, se encontram no mesmo nível. Assim, alterando-se as condições, possível que se altere, também, a questão da precedência.<sup>71</sup> Não há uma hierarquia estática ou absoluta entre os princípios constitucionais, nem mesmo acerca do princípio da dignidade humana.<sup>72</sup>

Destarte, dever-se-á verificar no caso concreto quais são as condições concretas que conduziriam ao juízo de dever-ser constante na situação (3) ou na situação (4); quais seriam essas razões que confeririam mais peso ao P<sup>1</sup> ou, então, ao P<sup>2</sup>.<sup>73</sup> Assim, identificando-se as condições nas quais uma ação viola um direito fundamental, caso elas ocorram, tal ação é proibida.<sup>74</sup>

### 1.1.2 Os bens jurídicos: objeto de proteção normativa

Os bens jurídicos – liberdades, situações e posições jurídicas, e, ainda, em posições *prima facie* conferidas por princípios – são protegidos pelas normas,<sup>75</sup> assim como os interesses que vinculam o sujeito ao objeto de proteção, constituindo-se, neste sentido, no aspecto subjetivo dos bens jurídicos,<sup>76</sup> pois interesse jurídico significa participar na consecução de um bem jurídico.<sup>77</sup>

No plano jurídico, os bens constituem-se em objeto mediato do sistema de normas, enquanto estas se constituem no objeto imediato do sistema. Por isso, as restrições aos direitos

<sup>69</sup> ALEXY, 2008, p. 97.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 23.452. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 12 maio 2000.

<sup>71</sup> ALEXY, op. cit., p. 96.

<sup>72</sup> Ibid., p. 97.

<sup>73</sup> Ibid., p. 97.

<sup>74</sup> Ibid., p. 98.

<sup>75</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 89.

<sup>76</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56.

<sup>77</sup> Cf. Albrecht: “Os conceitos ‘interesse’ e ‘bens’ são vinculados um ao outro, pois um bem é o materializado ponto final de um interesse: ‘interesse’ significa participação na realização de um bem, ‘interesse digno de proteção ou juridicamente protegido’ significa participação na realização de um bem jurídico.” (ALBRECHT, Rüdiger Konradin. apud Ibid., p. 56-57).

fundamentais restringem as posições *prima facie* de direito fundamental,<sup>78</sup> e as restrições aos princípios da recuperação judicial restringem as posições *prima facie* de direito fundamental por uma via indireta,<sup>79</sup> pois o fazem por meio de normas infraconstitucionais.

Tendo em vista que a atividade econômica exercida pelo devedor (empresário ou sociedade empresária) é objeto de tutela jurídica por parte da Lei n. 11.101, de 2005, cumpre assinalar que para a ciência econômica a expressão *bem* significa uma coisa que seja útil e escassa. O que torna um bem escasso é a procura por ele, pois “o bem inútil, não procurado por ninguém, é, por definição, abundante: não pode ser escasso.”<sup>80</sup> A recíproca não é verdadeira, porquanto existem os bens livres, que são úteis e, em princípio, não são escassos, como, por exemplo, o ar.<sup>81</sup>

Os bens econômicos podem ser exclusivos ou coletivos. Os primeiros são aqueles aptos a atenderem, a cada momento, a necessidade de um único indivíduo, como, por exemplo, o vestuário; os bens coletivos podem atender, ao mesmo tempo, a necessidade de um grupo mais ou menos amplo de pessoas.<sup>82</sup> Destarte, a exclusividade e a coletividade estão, sob a perspectiva econômica, vinculadas à utilização do bem, sem qualquer relação com o direito de propriedade.<sup>83</sup>

A correspondência entre o bem jurídico (posição) e o bem econômico (coisa) existirá sempre que o direito individual (objetivo ou subjetivo) que os conecta for de natureza patrimonial. Os bens econômicos (coisas úteis e escassas) são tocados, no plano da existência, pelos bens jurídicos (direitos, posições e interesses), situados inicialmente nos planos da validade e eficácia jurídica, por meio da efetividade conferida à norma jurídica que autoriza,

---

<sup>78</sup> Cf. Alexy: “la restricción de un bien protegido es siempre también la restricción de una posición *prima facie* conferida por el principio de derecho fundamental.” (ALEXY, 2007b, p. 244).

<sup>79</sup> Cf. Alexy: “Las restricciones indirectamente constitucionales son aquellas cuya imposición está autorizada por la Constitución.” (Ibid., p. 253).

<sup>80</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31-32.

<sup>81</sup> Ibid., p. 31-32.

<sup>82</sup> Cf. Nusdeo: “todo o bem coletivo pode comportar alguns aspectos ou características de exclusividade, em maior ou menor grau. Quanto mais for possível a exclusão ao seu acesso, mais a sua feição de bem exclusivo predominará, e ele, na prática, passará a ser visto como tal. Pelo contrário, quanto mais difícil for excluir pessoas ou grupos da utilidade gerada pelo bem, mais se destacará a sua natureza de bem coletivo.” (Ibid., p. 40).

<sup>83</sup> Ibid., p. 39-40.

proíbe ou permite que uma pessoa proceda, no plano da existência,<sup>84</sup> de uma ou outra forma com relação àqueles bens econômicos. Perceber isso facilita a compreensão das relações entre (i) a recuperação judicial e a economia; (ii) os direitos individuais e os bens coletivos (jurídicos); (iii) os bens jurídicos e os bens econômicos.

### 1.1.3 Os cânones como argumentos no processo de interpretação jurídica

A interpretação e a aplicação do Direito são, essencialmente, atos de conhecimento,<sup>85</sup> sujeitos aos pensamentos jurídicos decisivos que “ocorrem fora do âmbito da lógica formal.”<sup>86</sup> No processo de interpretação, compete ao intérprete manter o seu projetar exposto a erros, passível, destarte, de não se confirmar na própria coisa,<sup>87</sup> pois o resultado não pode ser definido de antemão.<sup>88</sup> A interpretação jurídica, neste sentido, reclama do intérprete atenção (i) para a falsa ideia de que a qualquer tempo pode-se retornar ao estado anterior;<sup>89</sup> (ii) para a realidade histórica que o condiciona e formata;<sup>90</sup> e (iii) para os seus pré-juízos e pressupostos,<sup>91</sup> a tal ponto que o texto possa apresentar-se em sua alteridade.<sup>92</sup>

Gadamer enfatiza que a “interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a

<sup>84</sup> Cf. Couto e Silva, apoiado em Pontes de Miranda: “[os] fatos jurídicos situam-se na dimensão da existência e os direitos e deveres na da eficácia. Tanto a existência como a eficácia jurídica pertencem ao plano do pensamento ou da ‘vigência jurídica’.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, São Paulo: José Buschatsky, 1976, p. 76).

<sup>85</sup> ENGISCH, 2008, p. 205.

<sup>86</sup> CANARIS, 2002, p. 32.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>88</sup> Cf. Gadamer: “A abertura para o outro implica, pois, o reconhecimento de que devo estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim, ainda que não haja nenhum outro que o faça valer contra mim.” (GADAMER, 2008, p. 471).

<sup>89</sup> Cf. Gadamer: “A ideia de que se pode dar marcha-a-ré a tudo, de que sempre há tempo para tudo e de que, de um modo ou de outro, tudo retorna se mostra como uma ilusão.” (*Ibid.*, p. 467).

<sup>90</sup> Cf. Gadamer: “[uma consciência] formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica”. (*Ibid.*, p. 376).

<sup>91</sup> Cf. Gadamer: “Aquele que está seguro de não ter preconceitos, apoiando-se na objetividade de seu procedimento e negando seu próprio condicionamento histórico, experimenta o poder dos preconceitos que o dominam incontroladamente como uma *vis a tergo*. Aquele que não quer conscientizar-se dos preconceitos que o dominam acaba se enganando sobre o que se revela sob sua luz.” (*Ibid.*, p. 471). Cf. Hesse: “Por causa dessa capacidade de (pré)-juízo de todo entendimento é importante não simplesmente efetuar as antecipações da (pré)-compreensão, senão torná-las conscientes e fundamentá-las mesmo para, assim, corresponder ao mandamento fundamental de toda interpretação: proteger-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar para as coisas mesmas.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 62).

<sup>92</sup> GADAMER, op. cit., p. 358.

interpretação é a forma explícita da compreensão”.<sup>93</sup> A compreensão começa quando a pessoa se sente tocada por algo,<sup>94</sup> é a partir daí que ela pode avançar. O objetivo da compreensão é e será o entendimento na coisa, restabelecendo-se o entendimento onde não há e onde foi distorcido. Essa é a proposta da hermenêutica.<sup>95</sup>

Nas palavras de Maximiliano, “interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”.<sup>96-97</sup> Engisch, acrescenta-se, assinala que a tarefa da “interpretação é fornecer ao jurista o *conteúdo* e o *alcance* (extensão) dos *conceitos jurídicos*. A indicação do *conteúdo* é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais”, enquanto a “indicação do *alcance* (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico.”<sup>98</sup>

Na mesma senda, o STF assentou que a interpretação jurídica tem por objetivo definir o sentido e o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, de modo que a interpretação, independentemente do método hermenêutico utilizado, constitui-se no próprio ordenamento jurídico quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder

---

<sup>93</sup> GADAMER, 2008, p. 406.

<sup>94</sup> Ibid., p. 395.

<sup>95</sup> Ibid., p. 387.

<sup>96</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7.

<sup>97</sup> Cf. Maximiliano: “Interpretação é a pesquisa e a explicação do sentido da lei” (Coviello – *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 2ª Ed., 1915, vol. I, nº 62.) [...] “Chama-se interpretação a determinação do verdadeiro significado da norma jurídica” (Bierling, Professor da Universidade de Greifswald, vol. IV, p. 197). [...] “Interpretação é a atividade científica dirigida para descobrir o conteúdo de uma norma jurídica” (Crome – *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1900-1912, vol. I, p. 96). [...] “A interpretação descobre o conteúdo de um texto legal e o exprime por outras palavras” (Gmür, op. cit., p. 35). “Chama-se Interpretação a operação lógica efetuada para se compreender o que a lei prescreve, a *mens* ou *sententia legis* ou *legislatoris*” (Bonfante – *Instituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., p. 23). “Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras” (Clóvis Beviláqua – *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 47). “Prescreve-se a Interpretação, em geral, - para fixar a regra de determinada relação jurídica mediante a percepção clara e exata da norma sancionada pelo legislador” (Pasquale Fiore – *Delle Disposizioni Generali sulla Pubblicazione, Applicazione ed Interpretazione delle Leggi*, 1890, vol. II, p. 517). “Interpretação é a declaração precisa do conteúdo e do verdadeiro sentido das normas jurídicas” (Espínola – *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, 1908, vol. I, p. 125). [...] “Explicar o sentido e o alcance da norma jurídica – eis a tarefa da Interpretação” (Korkounov, Prof. da Universidade de Petrogrado, op. E trad. cit., p. 525).” (Ibid., p. 14). Cf. Limongi França, a interpretação jurídica consiste na aplicação das regras ordenadas pela hermenêutica, devendo ambas – interpretação e hermenêutica – convergirem para o direito expressado pela lei, de modo a conferir àquele a clareza e a segurança que o legislador não obteve, por qualquer motivo, êxito em fazer, de modo que se consiga a melhor adequação das leis aos casos concretos. (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Hermenêutica jurídica*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19-20).

<sup>98</sup> ENGISCH, 2008, p. 126.

Judiciário, porquanto, ao fazê-la, exerce sua atividade típica, não podendo se falar “em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República”.<sup>99</sup>

Da mesma forma que a interpretação está vinculada a algo estabelecido,<sup>100</sup> a argumentação é sempre uma ação relativa a uma linguagem.<sup>101</sup> E a dignidade da interpretação é conferida pela fundamentação,<sup>102</sup> a qual repousará sobre determinados argumentos, os quais podem ser vinculados aos cânones de interpretação.<sup>103</sup>

Inobstante, a inexistência de consenso quanto aos cânones que devem ser utilizados na interpretação,<sup>104</sup> e tampouco no que tange a uma ordem hierárquica firme que possa assegurar a prevalência de uns sobre os outros,<sup>105</sup> Alexy propõe em sua Teoria da Argumentação que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, de modo que se opõem tanto ao “determinismo metodológico” (autoridade) e ao “decisionismo metodológico” (vontade pura).<sup>106</sup> Para tanto, distingue os cânones em seis grupos, de acordo com as características de suas formas de argumentação: a) os da interpretação semântica, b) genética, c) histórica, d) comparativa, e) sistemática e f) teleológica.<sup>107</sup>

O processo de interpretação do art. 67, *caput*, da LFRE – a exemplo de qualquer outro dispositivo atinente à recuperação judicial – pode abarcar argumentos lastreados nos cânones,

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. AI 258049. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 04 maio 2001.

<sup>100</sup> GADAMER, Hans-Georg. apud HESSE, 1998, p. 69.

<sup>101</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006a, p. 73.

<sup>102</sup> GADAMER, 2008, p. 361.

<sup>103</sup> ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

<sup>104</sup> Cf. Alexy, Savigny distingue o gramatical, lógico, histórico e sistemático; e Larenz indica cinco critérios de interpretação: o sentido literal, o significado conforme as conexões da lei, as intenções e metas normativas do legislador histórico, os critérios objetivos-teleológicos e o mandamento de interpretação conforme a Constituição. (ALEXY, 2005, p. 34-35). Cf. Limongi França, quatro são os cânones: a) gramatical, que toma como ponto de partida o significado e o alcance das palavras do texto; b) lógica, quando fundada no sentido das locuções e das orações contidas no texto, e em suas conexões; c) histórica, na qual se privilegia o meio, o momento e as causas inerentes à elaboração do texto; d) sistemática, quando a interpretação é feita em relação à própria lei na qual se encontra o dispositivo, observando-se o livro, o título, o parágrafo e o sentido de certas palavras, e, ainda, com relação ao sistema geral do direito positivo vigente, atentando-se para as últimas tendências dos costumes, da jurisprudência e da doutrina. (LIMONGI FRANÇA, 2010, p. 45).

<sup>105</sup> Cf. Alexy: “Cânones diferentes podem levar a resultados diferentes. Diante desse fato, só se podem considerar adequados para fundamentar com segurança um resultado se é possível articular critérios estritos para sua ordenação hierárquica. No entanto, até hoje não se conseguiu fazer isso.” ALEXY, op. cit., p. 35.

<sup>106</sup> ATIENZA, op. cit., p. 22.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 230. Cf. Alexy, existem duas estratégias de classificação para os cânones, uma ampla e outra estreita, a primeira compreende toda a multiplicidade dos argumentos jurídicos, a segunda tem a vantagem da simplicidade, tendo Alexy feito uso da ampla na Teoria da Argumentação, como visto, e optado pela estreita ao tratar da interpretação jurídica em outro estudo. (ALEXY, op. cit., p. 70). Aqui, optar-se-á pela completa, enfatizando-se a argumentação semântica, sistemática e teleológica.



seja com fulcro nas regras de argumentação, seja em sede de ponderações dos argumentos, como será exposto no capítulo terceiro, porquanto o processo de ponderação é uma tarefa de otimização,<sup>108</sup> cujo parâmetro para a decisão dos casos concretos é dado pelo encontro dos enunciados de preferências condicionadas formulados a partir de casos concretos (lei de colisão), e a Teoria da Argumentação, para a qual todos os argumentos possíveis podem ser utilizados, inclusive os “argumentos empíricos que digam respeito às peculiaridades do objeto da decisão”.<sup>109</sup>

Deste modo, importante aprofundar.

Os argumentos semânticos podem ser usados para justificar, criticar ou mostrar que uma interpretação é admissível, com referência a uma especificação da linguagem natural ou de uma linguagem técnica.<sup>110</sup> Três formas de argumentos são possíveis: (1) a norma deve ser aceita como uma interpretação do enunciado normativo, por força do significado inerente a uma determinada expressão; (2) a norma não pode ser aceita como uma interpretação do enunciado normativo, por força do significado inerente a uma determinada expressão; (3) é possível aceitar a norma como interpretação do enunciado normativo ou não.<sup>111</sup> Os argumentos que se enquadrarem nas formas (1) e (2) são definitivos. No caso da forma (3), o argumento semântico não conduz à decisão.<sup>112</sup>

O argumento genético faz-se presente quando se justifica uma interpretação invocando a vontade do legislador, que seria o seu objeto direto ou que conduziria à sua realização.<sup>113</sup> A forma é esta: (1) É obrigatório alcançar o estado de coisas Z; (2) Se não ocorrer M, então não se alcança Z (M é uma condição); (3) É obrigatório que ocorra M.<sup>114</sup> O argumento que apenas declara que uma determinada interpretação expressa o teor da norma, a vontade do legislador ou o fim da norma é incompleto.<sup>115</sup>

---

<sup>108</sup> ALEXY, 2010, p. 173.

<sup>109</sup> Ibid., p. 173-174.

<sup>110</sup> ALEXY, 2005, p. 230.

<sup>111</sup> Ibid., p. 230-231.

<sup>112</sup> Ibid., p. 234.

<sup>113</sup> Ibid., p. 230.

<sup>114</sup> Ibid., p. 233.

<sup>115</sup> Ibid., p. 234.

O argumento histórico está presente quando fatos referentes à história do problema debatido são colocados como razão de decidir. A forma foi assim colocada por Alexy: “(1) Já se deu uma vez determinada solução para o problema discutido; (2) esta conduziu à consequência F; (3) F é indesejável; (4) as situações não são entre si tão diferentes para que F não ocorra hoje, e (5), portanto, a solução em questão não é aceitável hoje.” O importante é que com (3) seja colocada uma premissa normativa, devidamente fundamentada. Além do conhecimento histórico, sociológico e econômico.<sup>116</sup>

O argumento comparativo ocorre quando se toma como referência o estado jurídico de outra sociedade.<sup>117</sup>

O argumento sistemático, em sentido estrito, é aquele que se refere às relações lógicas entre as normas, e a sua forma mais importante se dá com a indicação de uma contradição normativa.<sup>118</sup>

O argumento teleológico é aquele que se refere a fins racionais ou objetivamente estabelecidos no ordenamento jurídico. Os argumentos teleológicos remetem aos argumentos empíricos. E quando há mais de um fim – situação em que um exclui o outro ou quando só podem se realizar mediante limitações recíprocas –, a argumentação teleológica poderá se converter em argumentação a partir de princípios, o que exigirá a ajuda de novos enunciados normativos, porque, em geral, a norma a ser fundamentada deles não decorre diretamente.<sup>119</sup>

Sobre as regras propostas pela Teoria, é adequado consignar: (i) “(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones de interpretação”,<sup>120</sup> o que significa que um argumento de uma forma só é completo se contém todas as premissas a esta forma.<sup>121</sup> (ii) “(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.”<sup>122</sup> (iii) “(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de

---

<sup>116</sup> ALEXY, 2005, p. 235.

<sup>117</sup> Ibid., p. 235.

<sup>118</sup> Ibid., p. 235.

<sup>119</sup> Ibid., p. 238-239.

<sup>120</sup> Ibid., p. 241.

<sup>121</sup> Ibid., p. 240.

<sup>122</sup> Ibid., p. 243-244.

ponderação.”<sup>123</sup> (iv) “(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.”<sup>124</sup>

A utilização dos cânones de interpretação como argumentos, e as regras da argumentação como balizas, não oferece uma garantia de que a resposta correta será alcançada sempre, porém, tende a cooperar para que a argumentação mantenha-se vinculada à lei,<sup>125</sup> não obstante o alerta de Gadamer: “uma situação hermenêutica está determinada pelos preconceitos que trazemos conosco. Estes formam o horizonte de um presente, pois representam aquilo além do que já não conseguimos ver.”<sup>126</sup>

#### 1.1.4 Os princípios da recuperação judicial submetidos à ponderação

A valoração, quando se dá em face de um ou mais critérios que podem ser contrastados com outros igualmente válidos, demanda uma ponderação.<sup>127</sup> Na diversidade e na indeterminação dos conteúdos dos princípios, as colisões ou tensões “surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real”.<sup>128</sup> O peso dos princípios não está determinado em si mesmo ou de forma absoluta, o que viabiliza apenas se falar em pesos relativos,<sup>129</sup> conforme já assentou o STF:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.<sup>130</sup>

No que tange à recuperação judicial, no mesmo sentido do STF, o STJ enfatizou que a interpretação dos dispositivos da Lei n. 11.101, de 2005, não raro, reclama a ponderação de valores e princípios, como, por exemplo, ocorreu no julgamento do AgRg no CC 101628:

---

<sup>123</sup> ALEXY, 2005, p. 243.

<sup>124</sup> Ibid., p. 243.

<sup>125</sup> Ibid., p. 244.

<sup>126</sup> GADAMER, 2008, p. 404.

<sup>127</sup> Ibid., p. 150.

<sup>128</sup> ALEXY, 2008, p. 168.

<sup>129</sup> Ibid., p. 168.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 23.452. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 12 maio 2000.

É que são dois valores a serem ponderados, a manutenção ou tentativa de soerguimento da empresa em recuperação, com todas as conseqüências sociais e econômicas daí decorrentes – como, por exemplo, a preservação de empregos, o giro comercial da recuperanda e o tratamento igual aos credores da mesma classe, na busca da 'melhor solução para todos' –, e, de outro lado, o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos perante a justiça laboral.<sup>131</sup>

A aplicação dos deveres de medida também foi realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em decisão paradigmática, reconheceu, de ofício, a nulidade de um plano de recuperação aprovado pela Assembleia-geral de credores, cujo conteúdo violava o dever de razoabilidade e de proporcionalidade:

Proposta que viola os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da "pars conditio creditorum" e normas de ordem pública.<sup>132</sup>

A necessidade de realizarem-se ponderações com relação aos interesses da recuperação judicial foi sublinhada no Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos – CAE – do Senado Federal quando do exame do PLC n. 71:

Naturalmente nem sempre é possível a perfeita satisfação de cada um desses enunciados, principalmente quando há conflito entre dois ou mais deles. Nesses casos, é necessário sopesar as possíveis conseqüências sociais e econômicas e buscar o ponto de conciliação, a configuração mais justa e que represente o máximo benefício possível à sociedade.<sup>133</sup>

A doutrina especializada, na mesma direção, atribui destaque ao processo de ponderação quando se refere aos objetivos, interesses e princípios da Lei n. 11.101, de 2005.<sup>134</sup> De acordo com Jorge Lobo, “a assembléia geral de credores e o juiz da causa deverão entregar-se à ‘ponderação de fins’ – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos -, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então, talvez,

<sup>131</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 101628. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJe* 1º jun. 2011.

<sup>132</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. AI 0136362-29.2011.8.26.0000. Relator: Des. Pereira Calças. Julgamento em 28 fev. 2012.

<sup>133</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n. 71, de 2003*. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/86307.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012, p. 21.

<sup>134</sup> Cf. Wald e Waisberg: “De forma geral, na interpretação da nova legislação pelo juiz da recuperação, os princípios ganharão destaque. Na ocorrência de omissões ou conflitos, as diretrizes do art. 47 deverão ser chamadas a participar do processo de integração da norma. Devido à completa revolução que se operou no sistema concursal, dúvidas tendem a surgir, e o legislador andou bem ao definir previamente quais os princípios que devem nortear o intérprete na superação de lacunas e na harmonização entre disposições.” (WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. Comentários ao art. 47 a 49. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 321).

venham a concluir que o caso concreto exige o ‘sacrifício’, p. ex.: a) do interesse da empresa e de seus sócios ou acionistas em benefício de empregados e credores ou (b) dos direitos de empregados e credores em prol da empresa [...].”<sup>135</sup> Para Silva Pacheco, a LFRE “procurou colocar na balança os objetivos do empresário devedor e de seus credores, à procura da preservação da função social da empresa.”<sup>136</sup>

O exemplo citado por David Epstein, Steve Nickles e James White revela a complexidade de se fazerem ponderações na recuperação judicial. Sugerem os autores que se imagine uma situação na qual o credor (C) tenha o seu crédito garantido por um determinado equipamento de propriedade do devedor (D), e que (C) poderia vendê-lo para um terceiro por US\$ 200.000, deixando outros bens que poderiam ser alienados por US\$ 300.000. Para, então, perguntarem: O que fazer se com uma única venda de todos os bens do devedor (D) pode se obter valor superior a US\$ 500.000? E se a manutenção da atividade de (D) puder produzir mais do que US\$ 500.000 para pagar seus credores?<sup>137</sup> A partir deste quadro, os autores revelam, em uma série de questionamentos, a complexidade do tema e a relevância do caso concreto, como se vê:

Under such facts, bankruptcy law perhaps should held D stay in business. What if it is unclear that D’s continued operations will result in creditor’s being paid more than \$500,000? Or it is highly unlikely that continuing the operations of D will yield as much for D’s creditors as liquidating D’s assets now? Should bankruptcy’s goal still to be Keep D in operation? Should the bankruptcy court consider the interests and needs of D’s employees? Of the community where D is located? To what extent can and should a bankruptcy court put a specific creditor at risk by deferring its collection in order to increase possible collections by creditors generally later in case. To what extent can and should a bankruptcy court put creditors generally at risk in order to continue the debtor’s business operations?<sup>138</sup>

A ponderação deve observar uma regra constitutiva, chamada por Alexy de “ley de la ponderación”, segundo a qual: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro.”<sup>139</sup> A referida lei implica reconhecer que: a) “o peso dos princípios não é determinado

<sup>135</sup> LOBO, Jorge. Comentário aos artigos 47 a 69. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.

<sup>136</sup> PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*: em conformidade com a Lei nº 11.101, de 2005, e a alteração da Lei nº 11.127, de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 111.

<sup>137</sup> EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 3.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>139</sup> ALEXY, 2007b, p. 138.

em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos”;<sup>140</sup> b) os argumentos devem fundamentar os graus de afetação e de importância;<sup>141</sup> c) um interesse não pode ser realizado às custas de outro “de forma precipitada”.<sup>142</sup> A ponderação de bens aproxima-se do princípio da concordância prática, segundo o qual: “bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade.”<sup>143</sup>

A afirmativa de que um princípio ou valor é melhor do que outro, ou o melhor de todos, é apenas melhor *prima facie*. A decisão definitiva do que é melhor só será obtida após “uma valoração global, na qual todos os critérios válidos de valoração sejam levados em consideração.”<sup>144</sup> No entanto, não se pode afirmar que a ponderação sempre conduzirá “a um resultado único e inequívoco”,<sup>145</sup> até porque, a ponderação, por si só, não oferece ao intérprete uma estrutura rígida o suficiente para resistir a distorções,<sup>146</sup> tanto é que Alexy a vincula ao exame de proporcionalidade.

Destarte, relevante investigar como poderia ser atribuída prevalência, na interpretação dos dispositivos pertinentes à recuperação judicial, a uns ou outros princípios colidentes na recuperação judicial, de forma que possam ser explicitados, inclusive estruturalmente, os raciocínios que a antecederam.

### 1.1.5 A ponderação submetida aos deveres de medida

À ponderação será conferida maior racionalidade quando ela ocorrer em sintonia com os deveres de medida *igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso*,<sup>147</sup>

<sup>140</sup> ALEXY, 2008, p. 168.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>143</sup> HESSE, 1998, p. 66.

<sup>144</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 153.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>146</sup> Cf. Canaris, a proporcionalidade desempenha um papel em todas as soluções de ponderação, inclusive no que tange à proibição de excesso e proibição de insuficiência. (CANARIS, 2006, p. 67).

<sup>147</sup> O STF, comumente, refere-se à proporcionalidade e à razoabilidade utilizando-se da expressão *princípio*. *Vide*: BRASIL. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1976-7. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *DJ* 18 maio 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1800-1. Relator originário Min. Nelson Jobim, Relator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 28 set. 2007. E há julgados, em que o Pretório Excelso refere-se aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, fazendo uso da expressão *postulados*. *Vide*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. AgRg no AI 720614. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe* 1º jul. 2011. É a doutrina, não raro, também as denominada como

normas metódicas capazes de aumentar o controle das interpretações e das decisões judiciais, sobretudo no caso concreto.<sup>148</sup>

As normas que visam a disciplinar as condutas no plano fático, cujo conteúdo normativo será objeto de aplicação (regras e princípios),<sup>149</sup> distinguem-se das normas que são imediatamente metódicas, porquanto almejam a orientar, por meio de parâmetros e medidas, a interpretação e aplicação das primeiras, sem que, elas em si mesmas, proponham qualquer conteúdo valorativo, constituindo-se em “normas sobre a aplicação de outras normas”.<sup>150</sup> Com acerto, Ávila realça essa diferença, e assim contribui para o aperfeiçoamento das interpretações, pois (i) explicita a estrutura da análise do problema em dois níveis; (ii) confere maior clareza na análise do alcance dado à eficácia das normas que, de fato, serão aplicadas.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.934-2, tornou explícita a aplicação dos deveres de medida na interpretação dos dispositivos da Lei n. 11.101, de 2005, tendo os adotado para fundamentar a interpretação de que é constitucional, na recuperação judicial, o limite máximo de 150 salários mínimos para a preferência dos créditos decorrentes da relação de trabalho. *In verbis*:

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, ‘o limite superior de 150 salários mínimos [...] afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das Sociedades’.

---

princípios (MEDINA GUERRERO, 1996, p. 118-119), princípios instrumentais (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. *In*: SALOMÃO LEITE, George (Coord.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 75), máximas (ALEXY, 2008, p. 116), postulados (EISLER, Rudolf. apud ÁVILA, 2010, p. 124), ou postulados normativos (Ibid., p. 124). No entanto, utilizar-se-á a expressão *deveres de medida*, justamente para que seja destacado o seu caráter metódico, e, por conseguinte, a distinção entre normas de 1º e 2º graus (Ibid., p. 123-124).

<sup>148</sup> O reconhecimento de que uma decisão judicial sobre determinada situação envolvendo, de um lado, o interesse do credor, e, de outro, o do devedor, pressupõe o exame dos elementos fáticos foi assim expressada pelo STJ: “A controvérsia sobre a não-aceitação pelo credor dos bens oferecidos à penhora, em sede de execução, e a observância de que o processo executivo se dê da maneira menos gravosa ao devedor requerem atividade de cognição ampla por parte do julgador, com a apreciação percuciente das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial por força da Súmula n. 7 do STJ.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 618571. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 19 dez. 2006).

<sup>149</sup> Ibid., p. 91.

<sup>150</sup> ÁVILA, op. cit., p. 124-125.

Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos.<sup>151</sup>

Deste modo, é imprescindível, para que se proponha uma interpretação para o art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, a investigação dos deveres de medida citados, na perspectiva da recuperação judicial.

#### 1.1.5.1 Dever de igualdade

O dever de igualdade na recuperação judicial é a garantia de que nenhum devedor ou credor será alvo de perseguições ou favoritismos. A regra da igualdade consiste em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam, porquanto dispensar tratamento desigual a iguais, ou igual a desiguais, “seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”,<sup>152</sup> daí a necessidade de se investigar em que medida são iguais ou desiguais.

O *caput* do art. 5º da Constituição estabelece que a igualdade deve se fazer presente, de um lado, na aplicação da lei (perante a lei = igualdade formal), constituindo-se como uma consequência da aplicação da norma no caso concreto, sem a ocorrência de privilégios ou perseguições.<sup>153</sup> Pode-se representá-la pelas proposições ‘a’ = ‘b’, ‘x’ → ‘a’ e ‘x’ → ‘b’; onde o fato ‘a’ é igual ao fato ‘b’, e dado o fato ‘a’, haverá a incidência (e, via de regra, aplicação) da regra jurídica ‘x’, da mesma forma ocorrendo com o fato ‘b’ (representado pela proposição ‘x’ → ‘b’). De outro, na criação da lei (na lei = igualdade material), quando a análise recai sob os elementos constantes da própria lei. Assim, se a regra diz que as pessoas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ receberão, por atenderem ao critério ‘x’, adotado com a finalidade de se obter ‘y’, um tratamento diferenciado das demais, a igualdade material possibilita que as pessoas que deveriam estar presentes na mesma lei, mas não estão, requeiram o mesmo tratamento ou a exclusão do benefício. A igualdade material é condição para a igualdade formal.

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3934-2. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 06 nov. 2009.

<sup>152</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [19--], p. 55.

<sup>153</sup> Cf. Pontes de Miranda: “A incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela. Se se escreve, por exemplo, que, ‘se há infração da regra jurídica, a incidência da regra falha *em realidade*’, está-se a falar em acontecimento do plano do atendimento (aí, dito da realidade), com os olhos fitos no plano das incidências, que é o do mundo jurídico, o plano do pensamento.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 1, p 12, *grifo do autor*).



O fator de discriminação é que determina se as pessoas, situações, posições ou bens são iguais ou desiguais.<sup>154</sup> As discriminações constituem um estado jurídico que restringe a eficácia do princípio da igualdade. Toda a discriminação exige uma justificativa e um objetivo amparados, em última análise, na Constituição Federal e na lei pertinente, o que pressupõe que os fundamentos sobre os quais se assentam os bens e os objetivos que se quer promover por meio da discriminação tenham sido ponderados com os fundamentos sobre os quais pousam os bens e os objetivos que acabarão restringidos pela discriminação. Neste sentido, edificante a doutrina de Tipke e Yamashita:

Desde que a Constituição ou a lei pertinente não mencionem expressamente o critério de comparação, este deve ser extraído por indução dos dispositivos legais. Se com base no critério de comparação resultar um tratamento desigual, deve ser respondido se esse tratamento desigual é justificado. Para tanto, considerando o alto nível da justiça num Estado de Direito, não é suficiente qualquer motivo objetivo, mas deve ocorrer uma ponderação de valores entre o princípio que serve de critério de comparação e o princípio que fundamenta a norma, a qual não observa o critério de comparação e, conseqüentemente, determina o tratamento desigual.<sup>155</sup>

No julgamento do RE 221966-5, ao apreciar uma medida que, em concurso público, resultou na discriminação entre os advogados com experiência profissional vinculada à pessoa jurídica de direito público e àqueles com experiência na iniciativa privada, beneficiando os primeiros com uma pontuação superior, o STF decidiu que a medida violava o dever da igualdade, pois não havia necessidade de um tratamento desigual, e ainda mais sem que houvesse correspondência entre o fator de discriminação e a finalidade visada pelo concurso público.<sup>156</sup>

O STF, ao julgar o RE 149095-5, no qual o recorrente visava ao reconhecimento da violação ao princípio da igualdade pelo edital de concurso público que exigia a altura mínima de 1,60m para o ingresso na carreira militar, decidiu pela constitucionalidade da discriminação.<sup>157</sup> O Tribunal entendeu que o critério de diferenciação relativo à altura constituía-se perfeitamente válido, pois para exercer a atividade policial é necessário um mínimo de compleição física, sem a qual, restaria comprometido o bom desenvolvimento da

---

<sup>154</sup> Cf. Tipke e Yamashita: “Pode-se julgar se existem semelhanças ou diferenças entre dois grupos comparados apenas com base num critério de comparação adequado à matéria. O princípio da igualdade é, assim, neste sentido, um cheque ‘assinado em branco’, na medida em que ele mesmo não fornece esse critério.” (TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24).

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. RE 221966-5. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJ* 10 set. 1999.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. RE 149.095-5. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJ* 03 abr. 1998.

função. Ademais, o fator de discriminação atendeu aos critérios de generalidade, abstração, inexistência de pré-determinação em relação às pessoas que se pretende igualar, mantendo uma correspondência com a média da altura dos brasileiros e com o objetivo da discriminação.

Ao julgar o AgRg em AI 142348-1, o STF entendeu que a “delimitação de ordem temporal” como condição de acesso do contribuinte a benefício legal de isenção tributária (IOF/Câmbio nas exportações) não violava o princípio da igualdade, porquanto havia sido realizada para viabilizar a plena realização de objetivo estatal de caráter extrafiscal, diante da necessidade de o Estado implementar políticas governamentais, “cuja execução lhe incumbe efetivar nos estritos limites de sua competência constitucional”.<sup>158</sup> Deste modo, para a Corte, a discriminação estabelecida na lei, com base no fator tempo, é legítima quando vinculada a objetivos almejados pelas políticas públicas que cumpre ao Estado realizar, dentro do espaço delimitado pela CF, com discricionariedade e conveniência, sendo defeso ao Poder Judiciário intervir.

O STF, ao decidir a ADI 758-1, aceitou como razão justificadora para discriminar, em regimento interno de Tribunal Federal, os membros do Ministério Público e os advogados, dando aos primeiros tempo ilimitado para a sustentação oral, pois, o dever do Ministério Público de agir como fiscal da correta aplicação da lei, em defesa do interesse público, seria mais elevado do que o interesse particular, não havendo, deste modo, ofensa ao princípio da igualdade.<sup>159</sup>

O STF, no julgamento da ADI 1643-1, concluiu que a discriminação entre micros e pequenas sociedades empresárias, e as sociedades formadas por profissionais cuja habilitação legal é um pressuposto, acerca do diferente tratamento tributário dispensado não afronta o princípio da igualdade, atendendo-se ao disposto nos artigos 170, IX, e 179 da CF.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. AgRg em AI 142.348-1. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 24 mar. 1995.

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 758-1 MC. Relator: Min. Celso de Mello, *DJ* 08 abr. 1994.

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1643-1. Relator: Min. Maurício Côrrea. *DJ* 14 mar. 2003.

*Ex positis*, pode-se sintetizar o dever de igualdade, na perspectiva da recuperação judicial, dentro de três grandes linhas: (i) a discriminação só é possível se houver necessidade para a materialização de um objetivo fundado na Constituição; (ii) viola o dever de igualdade a adoção de critérios de discriminação que não mantêm correspondência lógica com a justificativa e o objetivo almejado pela distinção; (iii) o dever de igualdade é violado quando sujeitos expostos ao mesmo risco são discriminados de forma que se dê, a um deles, oportunidades melhores ou maiores.

Para a aplicação do dever de igualdade à interpretação, por meio de ponderação, dos artigos da Lei n. 11.101, de 2005, é capital responder, em um primeiro momento, as seguintes perguntas: a) desigualdade entre quem ou no quê (pessoas ou posições)? b) desigualdade em relação a quê (fator de discriminação)? c) desigualdade para quê (justificativa e objetivo)? d) desigualdade até que medida (alcance)?

Em seguida, cabe ao intérprete investigar as respostas a estas indagações: (a) a discriminação encontra, à luz das conexões entre os elementos que a compõe, fundamento formal e material na Constituição e na lei pertinente? (b) quais os argumentos que fundamentam os bens jurídicos objetivados pela discriminação, e quais são os que fundamentam os bens que serão por ela restringidos? (c) a ponderação dos princípios jurídicos vinculados a tais bens, sob a luz dos deveres de razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso, recomenda a discriminação? (d) Qual o alcance desta recomendação?

#### *1.1.5.2 Dever de razoabilidade*

Razoável é o que reflete equilíbrio, moderação e harmonia correspondente aos valores vigentes em um determinado momento e lugar, não sendo nem arbitrário, nem caprichoso.<sup>161</sup>

O dever de razoabilidade no Direito brasileiro tem ocupado lugar de destaque na interpretação e aplicação de princípios e regras jurídicas. A partir da análise de decisões judiciais, Ávila aponta que três são as formas de o dever de razoabilidade se apresentar, como: a) *equidade*, exigindo “[...] a harmonização da norma geral com o caso individual”; b) *congruência*, exigindo “[...] a harmonização das normas com suas condições externas de

---

<sup>161</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

aplicação”, ou seja, deve existir uma [...] causa real justificante [...]; c) *equivalência*, exigindo uma relação equivalente entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.<sup>162</sup>

Carvalhosa recorda que o STF, ainda em 1978, ao julgar o RE 89.464,<sup>163</sup> autorizara a dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada em atenção ao princípio da preservação da empresa, porque “não se afigura razoável, porém, que em virtude da vontade de um dos sócios, seja decretada a dissolução de empresa que se encontra em pleno fastígio, cumprindo seus objetivos, produzindo riquezas e contribuindo para o desenvolvimento da economia interna. Seria odioso reduzir à inatividade uma sociedade como essa, só porque um dos sócios, embora em razão de dissentimento sérios e ponderáveis, não mais deseja continuar no grupo”.<sup>164</sup>

O STJ, em diversos julgados, assentou que apesar de “o art. 1º do Decreto-lei nº 7.661/45 ser omissivo quanto ao valor do pedido, não é razoável, nem se coaduna com a sistemática do próprio Decreto, que valores insignificantes provoquem a quebra de uma empresa. Nessas circunstâncias, há de prevalecer o princípio, também implícito naquele diploma, de preservação da empresa.”<sup>165</sup> No julgamento do REsp 959.695, o STJ assentou que a nova lei falimentar “deu um importante passo modernizador em comparação com a antiga legislação, pois albergou em seu repertório normativo princípios que se voltam à preservação da atividade empresarial”, tendo, inclusive estabelecido um valor mínimo para que se possa presumir a falência. E, desta forma, ratificou ser irrazoável decretar a falência com base em valores insignificantes.

O STJ proferiu diversas decisões que versam acerca do juízo competente para solucionar “questões atinentes à relação do trabalho”, tendo constado no acórdão que julgou AgRg no CC 101628:

---

<sup>162</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 95-103.

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. RE 89464. Relator: Min. Cordeiro Guerra. DJ 04 maio 1979.

<sup>164</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1: artigos 1º a 74, p. 20-21.

<sup>165</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 598.881. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. DJe 08 fev. 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 959.695. Relatora: Mina. Nancy Andrichi. DJe 10 mar. 2009.

A Segunda Seção do STJ tem jurisprudência firmada no sentido de que, no normal estágio da recuperação judicial, não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias de que trata o art. 6º, §4º, da Lei n. 11.101/2005.<sup>166</sup>

No voto do referido acórdão consta que após “a apuração do montante devido ao reclamante, processar-se-á no juízo da recuperação judicial a correspondente habilitação, de modo a não transgredir os princípios norteadores do instituto e as formalidades legais do procedimento, nem desvirtuar o propósito contido no art. 47 da Lei n. 11.101/05”.<sup>167</sup> A decisão, atenta-se, afastou a regra posta pelo legislador: “Em regra, uma vez deferido o processamento ou, *a fortiori*, aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo após decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, §4, da Lei 11.101/2005.”

O STF, no julgamento do HC 73662-9, entendeu que mesmo estando prevista na lei a presunção de violência, ou grave ameaça, na conjunção carnal com menores de 14 anos, tal presunção deve ser afastada se as circunstâncias presentes na situação fática recomendar, como, por exemplo, a aparência física e mental da vítima indicar idade superior a 14 anos e a aquiescência da mesma. A aplicação da norma, cuja criação se deu com base em um juízo de probabilidade da realidade – o que comumente ocorre –, torna-se irrazoável quando, diante do caso concreto, se constatar que a realidade é diversa daquela tida pelo legislador como provável.

A inconstitucionalidade da MP 1.577-6/97, por meio da qual havia sido majorado de 2 para 5 anos o prazo para o Estado propor ação rescisória, era a questão posta na ADI 1.753-2.<sup>168</sup> O STF, além de entender que 2 anos é um prazo razoável, reconheceu que a distinção de tratamento entre o cidadão e o Estado reclama uma justificativa razoável, sem a qual o *discrimen* é arbitrário, logo inconstitucional. E a outorga de benefícios especiais reclama que a pessoa beneficiada realmente esteja – no plano dos fatos – em condição especial.

---

<sup>166</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 101628. Relator: Min. João Otávio de Noronha. DJe 1º jun. 2011.

<sup>167</sup> A decisão fez a seguinte referência aos precedentes: “A respeito da matéria, merecem destaque as decisões a seguir: AgRg nos EDcl no CC n. 48.420-RJ, relator Ministro Massami Uyeda, DJ de 17/5/2007; CC n. 61.272-RJ, relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 25/6/2007; AgRg no CC n. 87.194-SP, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 4/10/2007; CC n. 90.504-SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe de 1º/7/2008; AgRg no CC n. 88.620-MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 8/8/2008; e CC n. 73.380-SP, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJe de 21/11/2008.” (Ibid.)

<sup>168</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1.753-2 MC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 12 jun. 1998.

O STJ entendeu, ao apreciar os EREsp 111294, que não seria razoável declarar a nulidade dos atos processuais praticados após um óbito ocorrido em 1993 e comunicado ao juízo apenas em 2002, quando a decisão de mérito, favorável à apuração de haveres dos sócios dissidentes, já se encontra em fase de execução.<sup>169</sup> Não obstante ser a jurisprudência do Tribunal “firme no sentido de que a morte de uma das partes suspende o processo no exato momento em que se deu, ainda que o fato não seja comunicado ao juiz da causa, invalidando os atos judiciais, acaso praticados depois disso.” O razoável, ou não, está, no referido caso, relacionado a conexões entre (i) o longo período de tramitação do processo; (ii) a ausência de prejuízo às partes em decorrência do óbito, pois “o interesse dos seus sucessores foi defendido em todos os momentos do processo”, tendo as petições sido “subscritas pelo mesmo advogado e em nome de todos os litisconsortes passivos da demanda, desde a contestação até a interposição do recurso especial”; e (iii) a aplicação do princípio da segurança jurídica.

O entendimento de que as informações publicadas nos *sites* dos tribunais não teriam caráter oficial foi adotado em diversos julgamentos realizados pelo STJ, todavia, ao julgar o REsp 1.186.276, a Corte entendeu que as informações veiculadas pelos tribunais em suas páginas de andamento processual na internet devem ser consideradas oficiais, uma vez que não seria razoável, no momento tecnológico atual, admitir que as páginas carecem de “um mínimo de credibilidade.”<sup>170</sup>

Do acima exposto, extraem-se os seguintes delineamentos acerca do dever de razoabilidade, aplicáveis ao processo de interpretação dos artigos da Lei n. 11.101, de 2005:

a) A razoabilidade exige correspondência entre o conteúdo da lei, a situação fática e a conduta estatuída na norma. Em outras palavras, não é razoável aplicar uma norma jurídica a uma situação de fato distinta daquela que justificou a criação da norma.

b) A razoabilidade impõe à distinção de tratamento a exigência de uma justificativa efetivamente presente, no plano dos fatos, em condição especial correspondente àquela distinção.

---

<sup>169</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. EREsp 111.294. Relator: Min. Castro Filho. DJ 10 set. 2007.

<sup>170</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 1.186.276. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 03 fev. 2011.

c) Não é razoável a norma que, para a sua aplicação, ignora os elementos presentes no caso concreto, não obstante a sua razão de existir constituir-se, exatamente, na promoção de um objetivo fático.

d) A razoabilidade encontra ressonância com o que se espera dentro de um momento ou contexto (*expectativa condizente com as circunstâncias*).

### 1.1.5.3 Dever de proporcionalidade

Em Direito, enquanto ciência, o meio justifica o fim, mas o fim não justifica o meio.<sup>171</sup>

O dever de proporcionalidade vincula-se ao sentido normativo da lei e à função distributiva do direito. A sua aplicação é adequada quando há uma colisão – marcada pela tensão e pressão – entre princípios jurídicos (objeto imediato) e, por conseguinte, pelos bens por eles protegidos (objeto mediato). A colisão advém da adoção de um *meio* com o qual se aspira à concretização de um *objetivo*.<sup>172</sup> E a solução dada constituir-se-á em uma regra de prevalência de um princípio sobre outro, quando presentes as condições elegidas como especiais, no caso concreto.<sup>173</sup>

O exame de proporcionalidade surgiu para controlar os poderes discricionários da Administração na Alemanha, onde o notável desenvolvimento no Direito Administrativo fez com que fosse considerado um dos princípios fundamentais do Estado de direito.<sup>174</sup> Na Alemanha, tanto na literatura quanto na jurisprudência constitucional, se reconhece que a proporcionalidade, em um sentido amplo, se compõe de três exames: (i) o de adequação; (ii) o de indispensabilidade; (iii) e o de proporcionalidade em sentido estrito.<sup>175</sup>

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. HC 71361. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 23 set. 1994.

<sup>172</sup> Não obstante a doutrina, de um modo geral, referir-se à proporcionalidade como um controle aplicável sobre uma relação *meio-fim* (p. ex.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 393.), tem-se, aqui neste trabalho ao menos, que o mais preciso é referir-se a uma relação entre um *meio* e um *objetivo*. Isso por que: a) a palavra *objetivo* pode ser usada como sinônimo de *fim*, *alvo*, *meta*, *propósito*. (OBJETIVO. In: DICIONÁRIO Houaiss: sinônimos e antônimos. 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 584.); b) o art. 47 da Lei 11.101, de 2005, faz uso da palavra *objetivo*: “recuperação judicial tem por objetivo”.

<sup>173</sup> ALEXY, 2008, p. 116-117.

<sup>174</sup> MEDINA GUERRERO, 1996, p. 118.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 120.

A adequação exige que o meio seja realmente útil para o alcance do objetivo almejado, de modo que é insuficiente apelar para um determinado bem, direito ou interesse público. Conforme o Tribunal Constitucional Federal: “Un medio es adecuado cuando con su auxilio puede favorecerse el resultado perseguido”.<sup>176</sup>

A indispensabilidade, por sua vez, exige que caso haja outras alternativas que assegurem de modo satisfatório o alcance do objetivo justificador da restrição de direitos, devem-se rejeitar todas aquelas mais gravosas para o direito objeto da limitação. O meio se considera, assim, indispensável, segundo o Tribunal Constitucional Federal, sempre e quando “el legislador no hubiese podido elegir otra medida limitadora igualmente efectiva pero de menor incidencia en el derecho fundamental de los afectados.”<sup>177</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito implica que os meios utilizados mantenham uma relação harmônica entre o sacrifício que é imposto ao particular e o limite adequado e indispensável com o benefício que o mesmo promove para a coletividade.<sup>178</sup>

A adequação e a necessidade, como verificado por Alexy, decorrem da relativização dos princípios, como mandamentos de otimização, em face das possibilidades fáticas,<sup>179</sup> enquanto a proporcionalidade em sentido estrito se dá em face das possibilidades jurídicas.<sup>180</sup>

Com outras palavras, e boa didática, Ávila complementa: (i) adequação: o meio deve contribuir para a promoção do fim, pois se a sua utilização só é justificada pelo fim, não sendo ele promovido, o uso do meio acaba não mais possuindo justificativa; (ii) necessidade: o meio deve ser o mais suave dentre os meios disponíveis, pois o Estado não apenas tem a obrigação de atingir seus fins próprios, mas, também, tem a obrigação de proteger ao máximo os direitos dos particulares, e isso somente é possível se ele adotar o meio menos restritivo; (iii) proporcionalidade em sentido estrito: o meio deve proporcionar vantagens superiores às desvantagens, pois o Estado, tendo a obrigação de realizar todos os princípios constitucionais, não pode adotar um meio que termine por restringi-los mais do que promovê-los em seu

---

<sup>176</sup> MEDINA GUERRERO, 1996, p. 120.

<sup>177</sup> Ibid., p. 120-121.

<sup>178</sup> Ibid., p. 121.

<sup>179</sup> ALEXY, 2008, p. 118.

<sup>180</sup> Ibid., p. 116-117.



conjunto.<sup>181</sup> Anota-se que as leis de direito privado podem provocar ofensas aos direitos fundamentais inteiramente semelhantes aos provocados pelas leis de direito público, devendo, a cada caso, serem justificadas por meio de argumentos.<sup>182</sup>

No julgamento da ADI 855-2, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei com base no juízo resultante da aplicação do dever de proporcionalidade: a finalidade pretendida pela lei, se concretizada, prejudicaria o consumidor, a quem deveria beneficiar. Os prejuízos decorrentes da mudança seriam maiores do que os atuais. Em outras palavras, é melhor continuar doente do que tomar um remédio cujos efeitos colaterais são muito mais nefastos. Lê-se no acórdão: “[...] acabaria onerando fortemente os custos da distribuição do produto com fatal repercussão no bolso do próprio consumidor, que, paradoxalmente, deveria ser o alvo da demagógica proteção do legislador local.”<sup>183</sup>

No caso, o legislador fez um exame parcial da proporcionalidade da lei que estava criando, sobretudo quanto à adequação e à necessidade. Propondo que balanças fossem instaladas nos veículos de distribuição de gás, a fim de alcançar com mais eficiência o dever de fiscalização e proteção do consumidor. O legislador não verificou se o meio empregado para se obter a finalidade indicada pela lei poderia causar uma restrição excessiva ao livre exercício da atividade econômica e aos direitos de propriedade e dignidade humana de todos os cidadãos. De nada adiantaria estabelecer uma fiscalização muito mais rígida, se o preço deste objetivo repercutisse diretamente em todos os cidadãos, por se tratar de um produto essencial (gás). O custo de eventuais fraudes ou desrespeitos ao consumidor, na venda do gás de cozinha, decorrentes de uma fiscalização apenas amostral, seria menor que os custos de uma fiscalização rígida, que repercutisse no aumento significativo do preço do produto, para todos, ricos ou pobres.

No julgamento do HC 76.060-4, o STF entendeu que a submissão compulsória ao teste de DNA por parte do pai presumido, para fins probatórios de ação de investigação de paternidade de terceiro, consistia em evidente afronta ao postulado da proporcionalidade, pois, nada mais salutar que aquele que pretende ver reconhecida a sua paternidade que a prove

---

<sup>181</sup> ÁVILA, 2004, p. 104-105.

<sup>182</sup> CANARIS, 2006, p. 24.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 855-2 MC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* 01 out. 1993.

por meio de prova técnica. Se A postula a paternidade de B, da qual C é o pai presumido, tem-se como prova o exame de DNA de A, demonstrando que o mesmo é o pai biológico e não o exame de C, que poderia negar a paternidade deste.<sup>184</sup>

Esse acórdão, permite sintetizar: a) o objetivo colimado pela ação é o reconhecimento da paternidade de terceiro (autor da ação); b) dentre diversos meios de provar a paternidade do terceiro, podem ser verificados (i) o exame de DNA do terceiro, demonstrando, ou não, ser ele o pai biológico, (ii) o exame de DNA do pai presumido, revelando a inexistência de paternidade do mesmo; c) no juízo de adequação, tem-se que tanto o exame de terceiro, quanto o exame do pai presumido, prestar-se-iam a avançar na identificação do pai; d) no juízo de necessidade, constata-se que embora ambos os testes sejam adequados, o exame de DNA do terceiro que pretende ver reconhecida a sua paternidade é muito mais eficiente do que o exame de DNA do pai presumido, já que, enquanto o resultado negativo de DNA do pai presumido não é suficiente pois, para indicar a paternidade do terceiro, deve ser complementado com outras provas. Por outro lado, o exame de DNA do terceiro interessado não deixará a mínima dúvida se ele é, ou não é, o pai da criança, mostrando-se, desta forma, muito mais eficiente. Ao se priorizar o direito de terceiro de saber se é ou não o pai da criança estar-se-ia restringindo de forma muito mais gravosa o direito à inviolabilidade física do pai presumido, portanto, ausente está a proporcionalidade em sentido estrito.

Na recuperação judicial, a proporcionalidade, como dever de medida, deve ser aplicada toda vez que um princípio ou interesse seja invocado para justificar a adoção de um determinado meio em prol de um objetivo.

Neste sentido, o dever de proporcionalidade reclama, na recuperação judicial, a análise entre a possibilidade de se recuperar o devedor ou de se preservar a empresa, e a efetiva eficácia dos direitos dos credores ao longo do processo de recuperação judicial,<sup>185</sup> pois a

---

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. HC 76.060-4. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 15 maio 1998.

<sup>185</sup> Cf. Guerrero: “En suma, lo que el principio proclama es la valoración y ponderación recíproca de todos los bienes involucrados, tanto de los que justifican el límite como de los que se ven afectados por ellos, lo cual exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso.” (GUERRERO, Manuel Medina. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 121-122).

relação entre os meios e os objetivos sempre estará relacionada a tais aspectos, como evidenciado tanto pelo STF,<sup>186</sup> quanto pelo STJ.<sup>187</sup>

Para tanto, as três perguntas usualmente indicadas pela doutrina – (i) o meio promove o objetivo? (ii) há outro meio que restrinja menos os direitos? (iii) as vantagens tocantes ao objetivo correspondem às desvantagens provocadas pelo meio? – não parecem ter o condão de abarcar de forma estruturada a plena eficácia do dever de proporcionalidade na seara da recuperação judicial.

Pode-se dar um passo à frente e investigar quais são as respostas – na sequência – para as perguntas que seguem, todas subjacentes e conectadas ao conteúdo tricotômico da proporcionalidade e, no caso da recuperação judicial, aos objetivos da recuperação judicial: **a)** O meio indicado é suficientemente capaz para realizar o objetivo identificado como justificador de sua implantação? a.1) Quais são os elementos fáticos e jurídicos que revelam a correspondência lógica e material entre o meio e o objetivo fixado? a.2) A base de tais elementos é empírica (expectativa) ou científica (comprovada)? **b)** Quais são os outros meios adequados e viáveis para igualmente se alcançar o objetivo? b.1) Quais são os efeitos advindos da relação entre todos os meios (os viáveis e aquele *sub examine*) e os direitos e bens jurídicos a eles vinculados, sob o ângulo da restrição da eficácia (jurídica) e efetividade (fática) deriva do emprego de cada um dos meios em prol do objetivo determinado? b.2) Dentre todos os meios adequados e viáveis, qual é o que menor restrição impõe aos direitos – constitucionais e legais – e aos bens jurídicos por eles protegidos? **c)** Quais são as vantagens e as desvantagens concernentes ao emprego do meio e à concretização do objetivo? c.1) As vantagens decorrentes da consecução do objetivo mantêm relativa simetria com as desvantagens geradas pelo uso do meio no caso concreto? c.2) As vantagens obtidas são relativamente simétricas às desvantagens (restrições) irradiadas sobre os direitos e bens de todas as pessoas que neles têm interesse enquanto cidadãos do Estado de Direito? c.3) A análise simétrica das vantagens e desvantagens revela *superavit* ou *deficit*?

---

<sup>186</sup> Por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3934-2. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 06 nov. 2009.

<sup>187</sup> Por Exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 101628. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJe* 1º jun. 2011.

#### 1.1.5.4 Dever de proibição de excesso

Nos direitos fundamentais há um núcleo absolutamente resistente à ação do legislador, seja qual for o objetivo perseguido pela lei, e independentemente de a mesma atender ou não o dever de proporcionalidade.<sup>188-189</sup> O dever de proibição de excesso tem como função proporcionar um parâmetro conforme o qual se possa verificar se o legislador ou intérprete, para promover um princípio, interesse ou objetivo, adota ou não um modo tão excessivo que, na prática, acaba por desvirtuá-lo totalmente.<sup>190</sup> Não se trata aqui de descrever o conteúdo essencial de um direito, mas sim de descrever se a eficácia restringida viola sobretudo o conteúdo do direito que sequer a sua eficácia mínima persiste.

A garantia do conteúdo essencial encontra-se na qualidade de limite dos limites.<sup>191</sup> A lei apenas poderá regular direitos e liberdades constitucionais, sempre respeitando o seu conteúdo essencial, cuja dificuldade de definição recomenda que sua análise se inicie pelo dever de proporcionalidade.<sup>192</sup>

O conteúdo essencial possui identidade própria, diversa do dever de proporcionalidade, e “puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales”,<sup>193</sup> de modo que a garantia do conteúdo essencial deve abranger os direitos subjetivos dos particulares, como reconheceu o Tribunal Constitucional espanhol ao julgar o *leading case*, ainda em 1981, sobre a matéria, e também o Tribunal Constitucional Federal Alemão.<sup>194</sup> Atentar-se a tais colocações é importante, porquanto explicitam a adequação do dever de proibição de excesso para a configuração, pelo legislador e pelo juiz, da lei e da decisão judicial, respectivamente, no que tange à integralidade do ordenamento jurídico, inclusive, destarte, para o Direito Concursal e, no caso, para a recuperação judicial.

<sup>188</sup> MEDINA GUERRERO, 1996, p. 168.

<sup>189</sup> Cumpre anotar que para Alexy o esvaziamento dos direitos fundamentais “pode ser evitado ou por meio de uma garantia do conteúdo essencial que se estenda a toda intervenção em um direito fundamental, ou por meio da introdução, para além da garantia do conteúdo essencial, de um critério adicional não-escrito que limite a competência do legislador para impor restrições”, o que, em sua essência, acabará por se tornar um problema de ponderação, pois será atingido o conteúdo essencial de um direito fundamental quando não haver proporcionalidade, de modo que a proibição de excesso e a proporcionalidade em sentido estrito exerceriam a mesma função. (ALEXY, 2008, p. 130-131).

<sup>190</sup> MEDINA GUERRERO, op. cit., p. 145-146.

<sup>191</sup> Ibid., p. 145.

<sup>192</sup> Ibid., p. 115-116.

<sup>193</sup> Ibid., p. 150.

<sup>194</sup> MEDINA GUERRERO, op. cit., p. 158.

A compreensão do conteúdo essencial de um direito – constitucional ou não – pode ser descrita por meio de dois círculos concêntricos, compostos de diversos bens, faculdades e posições jurídicas que ganham em intensidade, em peculiaridade, em relevância no que se refere ao próprio direito na medida em que ocorre a aproximação com o centro. No círculo exterior encontram-se as faculdades ou possibilidades de atuações concretas que, embora diretamente relacionadas com o bem jurídico vinculado ao direito, podem ser eventualmente restringidas em nome da defesa ou promoção de outros direitos ou bens constitucionais, sem que por isso deixem de ser reconhecíveis ou se impeça a proteção dos interesses para cuja proteção se confere ao direito. No círculo menor, encontram-se as faculdades ou possibilidades sem as quais é ilusório manter a sobrevivência do direito, seja porque resultará desnaturado, seja porque estará anulada a eficácia protetora dos interesses referidos.<sup>195</sup> Nas palavras de Guerrero:

El ‘contenido constitucionalmente protegido’ (*o contenido total*) se estructura, en suma, en dos zonas: una central, absolutamente intangible para el legislador (*el contenido esencial*); y otra externa, que en alguna ocasión hemos dado en denominar ‘contenido inicialmente protegido’ dado que sus integrantes, de carácter claudicante, pueden ser sacrificados por el legislador al objeto de preservar otros derechos o bienes constitucionales siempre que el límite sea proporcionado (*el contenido normal* en la terminología del Tribunal Constitucional).<sup>196</sup>

Embora seja uma tarefa complexa precisar qual é, objetivamente, este conteúdo essencial, Herbert Krüger indica que tal conteúdo restará violado “cuando ya no puede lograrse el fin por cuyo motivo se confiere el derecho”, e Ekkehart Stein assinala que se afeta o conteúdo essencial quando “el límite llega tan lejos que el particular no puede perseguir (*verfolgen*) en absoluto el interes protegido por el derecho”.<sup>197</sup>

Inobstante a complexidade de delimitar, objetivamente, o conteúdo essencial de um direito subjetivo, a fim de protegê-lo por meio, em última análise, do dever de proibição de excesso, o Tribunal Constitucional espanhol indica dois caminhos, complementares entre si, conforme pesquisado por Guerrero: a) verificar quais são aquelas faculdades e possibilidades de atuação imprescindíveis para que o direito seja reconhecido como pertinente ao tipo descrito, sem as quais deixa de pertencer a este tipo, e altera-se a sua natureza; e b) verificar quais são os interesses juridicamente protegidos como núcleo e medula dos direitos

<sup>195</sup> MEDINA GUERRERO, 1996, p. 168-169.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 147.

subjetivos.<sup>198</sup> A partir daí pode-se falar em um conteúdo substancial do direito que é absolutamente necessário para que os bens e interesses jurídicos sejam realmente, concretamente, efetivamente protegidos. <sup>199</sup> Os caminhos parecem ser perfeitamente aplicáveis à recuperação judicial.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 201819, ratificou que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”, uma vez que as “violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.”<sup>200</sup> Ou seja, o Supremo reconhece que os direitos fundamentais impõem “a sua eficácia e força normativa” também aos particulares, no âmbito de suas relações privadas. Portanto, é evidente que reconhece a possibilidade, em tese, de a interpretação dada a uma determinada regra jurídica de direito privado restringir excessivamente algum direito fundamental. A decisão do STF assinala, ainda, que a hierarquia das normas, dentro da qual o direito privado “é apenas direito ‘ordinário’, e, está enquanto tal, na estrutura hierárquica da ordem jurídica, num plano sob a Constituição”, torna “um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*.”<sup>201</sup>

O entendimento segundo o qual o legislador de direito privado só está vinculado mediamente aos direitos fundamentais não condiz com as razões de lógica normativa, tampouco com as razões práticas,<sup>202</sup> porquanto a possibilidade de alguma decisão judicial na seara da recuperação judicial restringir a eficácia de direitos mediamente fundamentais, consubstanciados nas normas jurídicas contidas na Lei n. 11.101, de 2005, é concreta. Todavia, o STF adota o entendimento de que a necessidade de confronto prévio da legislação ordinária com o texto constitucional, para a verificação de ofensa à Constituição, por si só, impossibilita o exame da matéria pelo Pretório Excelso, por se tratar de ofensa reflexa, não direta.<sup>203</sup> Essa barreira, obviamente, é um obstáculo elevado demais para o jurisdicionado

---

<sup>198</sup> MEDINA GUERRERO, 1996, p. 151.

<sup>199</sup> Ibid., p. 151.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. RE 201819. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 27 out. 2006.

<sup>201</sup> CANARIS, 2006, p. 27-28.

<sup>202</sup> Ibid., p. 32.

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. AI 258049. Relator: Min. Celso de Mello. DJ 04 maio 2001

obter da Corte um pronunciamento com relação à eficácia de seus direitos constitucionais, mesmo quando violado o dever de proibição de excesso.

A aplicação do dever de proibição de excesso foi realizada pelo STF no julgamento da ADI 3.934-2,<sup>204</sup> quando a Corte afirmou que o legislador ao fixar em 150 salários mínimos o limite dos créditos de natureza trabalhista com preferência no concurso de credores, não atingiu o “mínimo essencial à sobrevivência do empregado”,<sup>205</sup> pois o fez, conforme mencionado pelo Ministro Lewandowski, em sintonia com “os padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.”<sup>206</sup>

O STJ, ao apreciar o CC 98.264, afirmou que, "em última análise, o plano de recuperação judicial tem por escopo a continuidade da empresa, com a quitação de seus débitos perante seus credores", o que permite dizer, a partir do objetivo posto como final: os direitos dos credores ao recebimento de seus créditos não podem ser consumidos ou restringidos de modo irreversível, sem a concordância dos credores, sob o argumento de que assim se estaria promovendo a continuidade da empresa, uma vez que esta se justifica, em última análise, justamente para concretizar aqueles direitos que não mais poderiam ser concretizados com a manutenção da empresa.<sup>207</sup>

O AgRg no CC 110.250 tinha como objeto o conflito positivo de competência na realização, pela Justiça do Trabalho, de atos de execução após a Justiça Comum ter deferido o processamento do pedido de recuperação judicial (despacho inicial, art. 52), e já transcorrido o prazo de suspensão de 180 (cento e oitenta) dias.<sup>208</sup> O STJ, ao julgá-lo, iterou que a recuperação judicial tem como objetivo primordial o adimplemento das obrigações de responsabilidade do devedor, e reconhecendo o excesso cometido contra os direitos dos credores pela Corte ao julgar os precedentes, alterou a interpretação que vinha sendo vinculada aos §§4º e 5º do art. 6º, da LFRE. O novo posicionamento da Corte assim está descrito no acórdão: “Dessa forma, a rigor, superado o prazo de suspensão sem que tenha

---

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3934-2. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 06 nov. 2009.

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3934-2. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 06 nov. 2009.

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3934-2. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 06 nov. 2009.

<sup>207</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. CC 98.264. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJ* 06 abr. 2009.

<sup>208</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrichi. *DJe* 16 set. 2010.

havido a aprovação do plano de recuperação, devem as ações e execuções individuais retomar o seu curso, até que seja aprovado o plano ou decretada a falência da empresa.”<sup>209</sup>

Na seara da recuperação judicial, como se depreende dos apontamentos acima, o dever de proibição de excesso dá origem a um pergunta nuclear: qual é o limite para que uma restrição imposta aos direitos dos credores em prol da recuperação do devedor ou da conservação da empresa não viole o dever de proibição de excesso?

Parece adequado responder que o dever de proibição de excesso, quando aplicado na interpretação dos artigos da Lei n. 11.101, de 2005, impõe, como limite dos limites, o seguinte contorno: a eficácia de um princípio não poderá ser privilegiada a ponto de restringir a efetividade da eficácia de outro princípio colidente, sobretudo de modo permanente ou irreversível, sem que os titulares do direito restringido concordem, tácita ou expressamente, com tamanha restrição.

## 1.2 DOS PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CONSTITUTIVOS E GERAIS

A Lei n. 11.101, de 2005, conforme Wald e Waisberg com acerto registram, reflete a evolução da consciência social e empresarial consubstanciada “nos arts. 170, III e IV, como metas do Estado, a busca por uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, à luz da função social da propriedade e da busca do pleno emprego.”<sup>210</sup> No mesmo sentido, Pacheco sublinha que a recuperação judicial funda-se “nos princípios constitucionais de valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”.<sup>211</sup>

Assim, importante anotar que, segundo o STF, o princípio da livre iniciativa e concorrência é uma proteção contra o Estado: “O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II.”<sup>212</sup> No direito empresarial a liberdade de empreender é uma característica vital, presente na formatação da empresa de maneira privada e autônoma, conferindo-se a cada indivíduo, sozinho ou com outros, a

---

<sup>209</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrichi. *DJe* 16 set. 2010.

<sup>210</sup> WALD; WAISBERG, 2009, p. 314.

<sup>211</sup> PACHECO, 2006, p. 113.

<sup>212</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. RE 422941. Relator: Min. Carlos Velloso. *DJ* 24 mar. 2006.



liberdade de produzir bens ou prestar serviços que outras pessoas, físicas ou jurídicas, estão dispostas a adquirir.<sup>213</sup>

A liberdade de organizar a atividade empresarial é essencial para garantir a sua existência e sobrevivência, daí a abertura para se escolher as trocas mais benéficas, e a possibilidade de a empresa ser posta e mantida com solidez no campo da livre concorrência.<sup>214</sup> Ashton, apoiado na obra de Fritz Rittner, assinala que é função da autonomia privada promover e assegurar ao empresário a liberdade para que possa exercer o seu empreendedorismo, e desonerar o Estado.<sup>215</sup>

Nesta senda, o enfraquecimento da propriedade privada e o excesso de intervenção estatal geram “qualidade inferior, ou inexistência dos produtos, ao atraso tecnológico, à pobreza generalizada, à ignorância e à infelicidade global da Sociedade em geral”.<sup>216</sup> A propriedade privada e a livre iniciativa devem ser harmonizadas na seara da recuperação judicial, instituto econômico-processual, com os deveres e interesses sociais.<sup>217</sup> A necessidade de tal harmonia já foi em diversas oportunidades explicitada pelo STF,<sup>218</sup> inclusive para autorizar a iniciativa do Estado:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. [...] Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.<sup>219</sup>

Com respeito aos princípios da recuperação judicial estabelecidos diretamente na Lei n. 11.101, de 2005, pode-se estudá-los adotando como suporte teórico as observações de

<sup>213</sup> ASHTON, Peter Walter. O direito econômico e o direito empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 26, dez. 2006b, p. 185.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 187-188.

<sup>216</sup> ASHTON, Peter Walter. O declínio da intervenção estatal na economia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 10, jul. 1994, p. 27.

<sup>217</sup> Cf. Ashton, a “ordem econômica da República Federal da Alemanha redescobriu a propriedade privada e a autonomia privada sem descurar dos deveres de um estado social” a partir de 1949. (ASHTON, 2006b, p. 166.

<sup>218</sup> Cf. o STF: “O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.”<sup>218</sup> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. AgRg no AI 636883. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. *Dje* 01 mar. 2011). Cf. o STF: “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que fere o princípio da livre iniciativa a fixação de preços em valores abaixo da realidade.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. AgRg no RE 598537. Relator: Min. Dias Toffoli. *DJe* 29 mar. 2011).

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1950. Relator: Min. Eros Grau. *DJ* 05 jun. 2006.

Canaris, segundo o qual nem todos os princípios podem ser considerados como sistematizadores, porquanto apenas alguns princípios são “*portadores de unidade*”,<sup>220</sup> capazes de aglutinar em torno de si outros princípios gerais do sistema:

[...] respeita ao Direito privado: neste, nem todos os princípios são, por seu turno, relevantes para o sistema, como o serão, por exemplo, para o Direito das Obrigações, os Direitos Reais, o Direito das Sucessões, etc.; dentro desses âmbitos, formam-se subsistemas mais pequenos, com princípios *gerais* autónomos” [...] “uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como *geral*, no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo.”<sup>221</sup>

Para tanto, toma-se como ponto de partida a identificação de três grupos de interesses no êxito do processo: interesses do devedor; interesses dos credores; e interesses de ambos em decisões que sejam eficientes. Subjacente a todos eles, encontra-se o interesse da coletividade. O exame do conteúdo e da eficácia dos princípios, como será abaixo aduzido, permite, para fins didáticos, aproximá-los daquele interesse que com eles mantém maior proximidade, *prima facie*. Do conteúdo de cada grupo se infere um princípio subjacente, com condão de unificá-los, considerados, então, como constitutivos da recuperação judicial, são eles:<sup>222</sup> princípio da recuperação do devedor; princípio da satisfação dos interesses dos credores; e princípio da eficiência econômico-jurídica.

### 1.2.1 Princípio da recuperação do devedor

O princípio da recuperação do devedor está de modo expresso estatuído no art. 47 da LFRE, e pode ser assim formulado: o processo de recuperação judicial deve avançar na busca de um plano que possibilite ao devedor superar o estado de crise econômico-financeira em que se encontra, mantendo-se a fonte produtiva e os empregos, com atenção à função social da empresa e à lei.

---

<sup>220</sup> CANARIS, 2002, p. 79.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>222</sup> Cf. Canaris, os princípios constitutivos do sistema do Direito Civil são: “os princípios da autodeterminação, da auto-responsabilidade, da protecção do tráfego e de confiança, da consideração pelas esferas de personalidade e de liberdade dos outros e da restituição do enriquecimento injusto.” (*Ibid.*, p. 80).

### 1.2.1.1 Princípio da preservação da empresa

A função social da propriedade situa-se no plano da propriedade produtiva e não de consumo.<sup>223</sup> No que tange às propriedades que autorizam, no plano fático, o exercício da empresa, elevando esta a objeto específico de proteção da tutela jurídica,<sup>224</sup> atenta-se às observações de Estrella:

À vida da empresa, ligam-se quantos com ela entram em relações econômicas de suprimentos de bens e serviços, já na posição de dependentes, como empregados de todas as categorias, ou de clientes que lhe adquirem a produção. Tudo isso, a par da soma de esforços e trabalhos que a constituição dela pressupõe, justificam as cautelas da lei, não *facilitando*, antes pelo contrário, *dificultando* os casos de sua extinção.<sup>225</sup>

A vertente mais ampla do “principio de conservación de la empresa” é a “conservación de los actos o negocios jurídicos”.<sup>226</sup> Considerando que as sociedades empresárias são titulares de uma organização empresarial, tem-se como essencial a sua “estabilidad y permanencia”, sendo particularmente aconselhável manter íntegro, dentro do possível, o seu valor patrimonial, daí o relevo inerente ao “principio de conservación de la empresa”, segundo Sánchez Ruiz.<sup>227</sup>

Preservar a empresa significa manter a unidade econômica produtiva em atividade, o que pressupõe, em consonância com os conceitos expostos neste trabalho,<sup>228</sup> a conservação da pessoa jurídica que a exerce,<sup>229</sup> ou a sua titularidade com o empresário responsável pelas obrigações a ela inerentes. A empresa como objeto de tutela jurídica já incentivara os romanos

<sup>223</sup> BERLE, Adolf A. apud VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1: Teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis – introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais, p. 179.

<sup>224</sup> Cf. Couto e Silva: “Numa certa medida, a empresa separou-se do próprio empresário, tendo em vista a sua relevância social, como fator de progresso econômico e de criação de emprego. E nesse sentido ultrapassou os limites estritos do Direito Comercial. Em razão dessa dualidade de interesses – do interesse individual do empresário e do interesse social da empresa – as regras jurídicas ora tutelam os interesses dos titulares do capital (tutela subjetiva), ora a própria empresa (tutela objetiva ou institucional).” (COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de empresa no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 613, nov. 1986, p. 23).

<sup>225</sup> ESTRELLA, Hernani. *Despedida de sócio e apuração dos haveres*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948, p. 80.

<sup>226</sup> SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. *Facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civita, 2006, p. 54.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>228</sup> *Vide* capítulo segundo, item 2.1.

<sup>229</sup> Cf. Sánchez Ruiz: “La ‘conservación de la sociedad’ (no de la empresa), a nuestro juicio, sólo puede ser considerada el fundamento de la exclusión de socios si entendemos por tal la permanencia de la relación social en interés de los restantes socios.” (SÁNCHEZ RUIZ, 2006, p. 57-58).

a desenvolver instrumentos que viabilizassem o afastamento do sócio descontente sem que o conflito importasse na dissolução da sociedade, como lembrado por Estrella.<sup>230</sup> Até hoje se passa o mesmo.<sup>231</sup> O Direito permanece evoluindo para contemporizar a preservação da atividade empresarial e a efetividade de direitos subjetivos passíveis de serem exigidos contra a pessoa que a exerce.<sup>232-233</sup>

Deve-se reconhecer que antes de ajuizar a ação de recuperação, e, em muitas vezes até para que não venha a ter de ajuizá-la, o empresário ou a sociedade empresária implanta medidas que, em um primeiro momento, reduzem os benéficos efeitos sócio-econômicos proporcionados pela atividade empresarial – v.g.: demissão de dezenas de funcionários; fechamento de unidades produtivas; suspensão de pesquisas e investimentos; renegociação de contratos; – justamente para que, em um momento posterior, aqueles benefícios possam ser ampliados. Trata-se de um recuo, com o escopo de evitar a inviabilidade da empresa dentro da economia de mercado, pautada pela livre iniciativa e concorrência.

Por tais razões, antecipa-se: o princípio da preservação da empresa é ininterruptamente aplicado na atividade empresarial e não apenas pelo Direito; que dirá tão somente em juízo.<sup>234</sup> Mais, o princípio exerce a sua verdadeira vocação (eficácia positiva) fora de qualquer processo judicial, mais precisamente nas ponderações realizadas por empresários e administradores todos os dias, antes de qualquer decisão relevante para a continuidade dos

<sup>230</sup> ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973, p. 503-505.

<sup>231</sup> Cf. Lamy Filho: “O dever social da empresa traduz-se na obrigação que lhe assiste, de pôr-se em consonância com os interesses da sociedade a que serve, e da qual se serve. As decisões, que adota – como vimos – têm repercussão que ultrapassam de muito seu objeto estatutário, e se projetam na vida da sociedade a que serve, e da qual se serve. Participa, assim, o poder empresarial do interesse público, que a todos cabe respeitar.” (LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, out./dez. 1992, p. 58).

<sup>232</sup> Cf. Ruiz: “La tendencia estudiada vendría a introducir un principio general ‘informador’ de Ordenamiento societário (y no solo del régimen de las sociedades de estructura corporativa) que cabría formular del siguiente modo: si la causa que motiva un grave conflicto interno o la circunstancia que afecta al normal desarrollo de la actividad social puede atribuirse a sócios determinados, debe entenderse preferible sustituir la disolución de la sociedad por otras medidas menos drásticas, cuyos efectos se limiten a provocar la salida del concreto sócio a quien afecten.” (SANCHEZ RUIZ, op. cit., p. 37).

<sup>233</sup> Cf. Zanini: “diante da presença de uma causa suficiente para decretar a dissolução total da sociedade, abranda seus efeitos, compatibilizando o direito de o sócio se retirar da sociedade com o princípio da preservação da empresa.” (ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281).

<sup>234</sup> Cf. Derzi e Frattari, com acerto: “Restringi-lo ao período de crise econômico-financeira, quer no Direito Comercial, quer no Tributário, como quer Calixto Salomão Filho, é negar-lhe efetividade. [...] Tomar isoladamente a regra da continuidade da atividade empresarial, para somente aplicá-la nos momentos de crise seria fazer ruir não apenas os comandos legais nela contidos, mas ainda aqueles princípios constitucionais de subida relevância, como a função social da propriedade e a capacidade econômica de pagar impostos [...]” (DERZI; FRATTARI, 2009, p. 1326-1327).

negócios. Em juízo, o princípio coloca-se como um mecanismo de defensiva (eficácia negativa), como adiante será demonstrado.<sup>235</sup>

No Parecer da CAE sobre o projeto que se tornou a Lei n. 11.101, de 2005, consta que “a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.”<sup>236</sup>

O princípio da preservação da empresa, seja em face dos interesses delineados com amparo na teoria institucionalista,

– El fin de la empresa consiste en promover la mejora humana de cuantos con ella se relacionan y de la sociedad en su conjunto, mediante la gestión económica de los bienes y servicios que genera y distribuye, y de los que naturalmente se siguen unos beneficios con los que logra también subsistir como empresa.<sup>237</sup> –

ou com suporte na teoria contratualista,

– Para a teoria contratualista, o interesse social é traduzido como o interesse comum dos sócios. [...] O fim maior que norteia a disciplina do interesse nesse sistema é a satisfação do interesse dos sócios através da distribuição de dividendos (interesse social final).<sup>238</sup> –

ou, ainda, em face dos interesses dos credores, somente se justifica, em juízo, como interesse social ou bem jurídico coletivo quando viável a execução de seu objeto social, em sintonia com a legislação vigente. Isso porque o interesse social inerente à empresa ocorre com a realização do objeto social que a define.<sup>239</sup>

<sup>235</sup> Cf. Sánchez Ruiz: “[...] la conservación de la empresa en sí misma, como organización productiva, y la tutela de los intereses de los trabajadores o de la economía nacional estrechamente vinculados a aquélla (características de la doctrina institucionalista) no son objeto directo de protección ni por el instituto de la exclusión de socios ni, en general, a través de las normas de nuestro Derecho de sociedades.” (SÁNCHEZ RUIZ, 2006, p. 57).

<sup>236</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n. 71, de 2003*. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/86307.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

<sup>237</sup> MELENDO, Tomas. *Las claves de la eficacia empresarial*. Madrid: Rialp, 1990, p. 27. apud ZANINI, 2005, p. 105.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>239</sup> Cf. Zanini: “Exercer a administração ou o voto no interesse da companhia significa, há de se convir, exercê-lo em consonância com os objetivos da empresa, ou seja, de acordo com os seus fins. Ainda que se discuta qual o

A exigência de adimplemento das obrigações, mesmo quando ocorre por meio do rito processual ordinário, também encontra na eficácia do princípio da preservação da empresa resistência. Exemplo é o art. 620 do CPC, o qual se apresenta como meio de defesa contra uma conduta do credor que lhe agrave injustamente a sua situação,<sup>240</sup> contudo, este interesse “só é tomado em linha de conta desde que não prejudique o escopo da obrigação: quando se encontra assegurada a satisfação do interesse do credor.”<sup>241</sup>

Ao julgar o REsp 594.927, que versava sobre a possibilidade de se realizar a penhora sobre o valor correspondente ao faturamento de uma sociedade empresária, o STJ entendeu que embora a penhora sobre o faturamento de uma sociedade empresária deve ser a última alternativa a ser adotada em um processo de execução, pois implica verdadeiro óbice à existência da empresa, ela não poderia ser afastada. E assim, o Tribunal reconheceu a função de defesa relativa do princípio da preservação da empresa e reduziu a penhora sobre o faturamento, de 30% para 5%.<sup>242</sup>

Ao apreciar o REsp 782.901, o STJ anotou que a “penhora sobre o faturamento da empresa” pressupõe, de modo cumulado, que: a) “o devedor não possua bens ou, se os possuir, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado”; b) “haja indicação de administrador e esquema de pagamento”; e c) “o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial”. Para, então, decidir que a “penhora de 15% da renda bruta mostra-se adequada à conservação da empresa.”<sup>243</sup>

Nos dois acórdãos retrocitados não constam as razões que teriam justificado a redução da penhora de 30% para 5% sobre o faturamento, nem a sua fixação em 15% da renda bruta. Ademais, o STJ entende que não lhe compete averiguar se a aplicação do art. 620 do CPC (princípio favor *debitoris*) se fez adequadamente ou não, tampouco se a relativização da ordem da penhora é justificável ou não, porquanto “são investigações que exigem o exame da

---

significado desse interesse da companhia face às teorias institucionalistas e contratualistas - se correspondem ao interesse coletivo dos sócios (contratualistas) ou a um interesse transcendente (institucionalistas) -, fato é que a expressão 'interesse' vem empregada como equivalente à noção de fim.” (ZANINI, 2005, p. 101).

<sup>240</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>242</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 594.927. Relator: Min. Franciulli Netto. *DJ* 30 jun. 2004.

<sup>243</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 782.901. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 20 jun. 2008.

situação de fato, incabível no âmbito do recurso especial”.<sup>244</sup> A ausência de elementos fáticos impossibilita uma análise mais precisa quanto à eficiência acerca da aplicação do princípio da preservação da empresa.

No que tange ao Direito Societário, o STJ registrou, ao julgar o EREsp 111.294, que a “realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas *intuito personae*”, devendo, em tais casos, quando “reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa”, ser relativizadas as regras inerentes às sociedades anônimas, permitindo a dissolução parcial ao invés da total, privilegiando-se o princípio da preservação da empresa, “preocupação, inclusive, da nova Lei de Falências - Lei n. 11.101-05”:

A regra da dissolução total, nessas hipóteses, em nada aproveitaria os valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, preocupação, inclusive, da nova Lei de Falências - Lei n. 11.101-05, que substituiu o Decreto-lei n. 7.661-45, então vigente, devendo-se permitir, pois, a dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo.<sup>245</sup>

Os diversos julgados que versam sobre a dissolução parcial de sociedades anônimas dão a impressão de que para o STJ, em última análise, tal possibilidade só pode ser deferida, mesmo na ausência de *affectio societatis*, quando presente uma das justificativas previstas em lei – p. ex. inexistência de lucros ou de distribuição de dividendos, por longos anos –, “pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo”, e a dissolução integral não se coaduna com o “princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social”.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. REsp 803.435. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJ 18 dez. 2006.

<sup>245</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. EREsp 111.294. Relator: Min. Barros Monteiro. DJ 22 abr. 2002.

<sup>246</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 111.294. Relator: Min. Barros Monteiro. Relator para o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha. DJ 28 maio 2001.

A função social da empresa foi assim descrita, no que tange ao instituto da recuperação judicial, pelo Ministro Massami Uyeda quando do julgamento do AgRg no REsp 1089092, de sua relatoria:

É inegável que o comércio de um modo geral possui o condão de gerar renda, emprego, arrecadação de tributos e, portanto, não pode ser tutelado apenas no interesse de credores particulares. Ao revés, a proteção jurídica do empresário deve ter em mira aspectos outros, notadamente aqueles de cunho social eis que o empresário não exerce sua atividade em seu exclusivo interesse. Nesse sentido, o lucro é apenas um fator a ser almejado por aquele que se lança no mercado, já que não se desconhece que o empresário, pessoa física ou jurídica, deve observar inúmeras normas, que limitando sua liberdade de atuar dentro de um contexto de livre iniciativa, se voltam à manutenção de interesses metaindividuais, a exemplo das leis protetivas do consumidor, ambientais, normas referentes aos planos de ordenação das cidades, regras trabalhistas, dentre outras.<sup>247</sup>

O REsp 741.053 versava sobre a possibilidade de se requerer a falência com base no art. 2º, inciso I, da antiga Lei, em face de a nomeação de bens à penhora em execução singular ter ocorrido de forma intempestiva, o que caracterizaria “a execução frustrada”. O STJ entendeu que não, porquanto além de a ação de falência não ser substitutiva da ação de cobrança, “deve-se ter em mira o princípio da preservação da empresa, afigurando-se desarrazoada a decretação da falência de quem não se manteve absolutamente inerte na execução individual”.<sup>248</sup>

O STJ examinou o REsp 844.279, no qual se discutia a possibilidade de uma sociedade cuja quebra havia sido decretada em 04.04.1995, mas que, mesmo assim, foi-lhe concedido o direito de continuar com a sua atividade, com o intuito de preservar a empresa e os empregos gerados por ela, como se estivesse em estado de recuperação judicial, pleitear a sua adesão ao programa de parcelamento de débitos fiscais em face da ausência de expressa vedação na lei. Entendeu o Tribunal que “a tendência da atual doutrina e legislação brasileira sobre o regime falimentar das empresas [...] orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que esteja em situação falimentar, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e o consumo da comunidade.”<sup>249</sup> A análise do julgado permite concluir que a interpretação que mais promove o princípio da preservação da

---

<sup>247</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. AgRg no REsp 1089092. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 29 abr. 2009.

<sup>248</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 741.053. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *DJe* 09 nov. 2009.

<sup>249</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. REsp 844.279. Relator: Min. Luis Fux. *DJ* 19 fev. 2009.



empresa deve prevalecer quando se tratar de normas referentes à concessão de benefícios fiscais, devendo estes ser ampliados para também beneficiar quem não está taxativamente excluído pela lei, em prol da manutenção do emprego e dos interesses gerais da comunidade. Há uma incongruência entre esta posição e o conteúdo do art. 57, da LFRE.<sup>250</sup>

A aplicação do princípio da preservação da empresa pode, ainda, ser encontrado como *ratio iuris* em diversos julgados proferidos pelo STJ, em várias áreas do Direito. Por exemplo:

a) A tentativa de notificação do protesto deve ser feita pessoalmente, com a identificação do nome do recebedor da intimação, quando isso não ocorre, “é de rigor a realização da intimação do protesto por edital como requisito necessário para sustentar o pedido de falência, tudo conforme o art. 15 da Lei n. 9.492/97 e os princípios da preservação e conservação da empresa”.<sup>251</sup>

b) A dissolução parcial de sociedade, com a retirada de um dos sócios, prevê procedimento de liquidação compatível com o objetivo de preservação da atividade empresarial, “sendo cabível a indicação de perito contábil, pelo juízo, para apuração dos haveres do sócio excluído”.<sup>252</sup>

c) Diante de penhora e de embargos do devedor ainda não julgados, não cabe a “decretação da quebra, sobretudo levando-se em consideração a necessidade de se buscar a manutenção da empresa e a excepcionalidade que deve revestir a decretação da falência, sempre tida como a última opção a ser tomada”.<sup>253</sup>

d) Adequada a substituição dos bens penhorados requerida pelo devedor quando a penhora tenha ocorrido sobre bens cuja comercialização constitui-se no objeto social da

---

<sup>250</sup> Art. 57, da LFRE: “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 [...]”

<sup>251</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 1052.495. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 18 nov. 2009.

<sup>252</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 242.603. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *DJe* 18 dez. 2008.

<sup>253</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 802.324. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 01 dez. 2008.

sociedade devedora, uma vez que, em face de sua atividade, “inviabilizaria o regular funcionamento da empresa”.<sup>254</sup>

O mesmo ocorre com as decisões tomadas pelo TJRS. *Exempli gratia*: a) “O direito do sócio que se afasta da sociedade em receber os valores a que faz jus não se sobrepõe a continuidade e a sobrevivência da empresa.”;<sup>255</sup> b) Cabe afastar a multa quando deixar de atender “aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade”, da vedação ao enriquecimento sem causa e o princípio da preservação da empresa;<sup>256</sup> c) A gestão conjunta deve ser evitada quando “mostra-se temerária e passível de levar a empresa à situação de insolvabilidade, dano este de natureza irreparável, devendo ser observado o princípio da preservação da empresa”;<sup>257</sup> d) O afastamento do sócio administrador, em sede de ação de dissolução de sociedade, “apenas em situações excepcionalíssimas, em que demonstrado o exercício abusivo de gerência da empresa” pode ser determinado, mesmo quando requerido por quem detenha “a maioria do capital social, tendo em vista o princípio de preservação da empresa e o interesse de resguardo do capital comum das partes”;<sup>258</sup> e) O contrato firmado entre os sócios, contendo condição resolutiva, que se mostra formal e materialmente válido, deve ser examinado com atenção aos princípios que norteiam o direito empresarial, especialmente o da preservação da empresa e o da boa-fé.<sup>259</sup>

No que tange à recuperação judicial, ao decidir o CC 79.170, o STJ reconheceu a incompetência de juízo diverso do da recuperação judicial para apreciar pedido de reintegração de posse contra a devedora, mesmo quando já transcorrido o prazo de 180 dias previsto na LFRE para a suspensão das ações e execuções. O Tribunal entendeu, na ocasião, que o art. 47 da referida lei “estabelece, inequivocamente, o objetivo de preservar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, ou seja, o patrimônio “não pode ser afetado por decisão prolatada por juízo diverso do que é competente para a recuperação,

---

<sup>254</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 597944. Relator: Min. Franciulli Netto. DJ 18 out. 2004.

<sup>255</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cív. AC 70034931477. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. DJ 01 fev. 2011.

<sup>256</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câmara Cív. AI 70035576792. Relator: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. DJ 27 maio 2010.

<sup>257</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cív. AI 70031125966. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. DJ 29 jul. 2009.

<sup>258</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cív. AI 70025969940. Relatora: Des. Liege Puricelli Pires. DJ 31 out. 2008.

<sup>259</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cív. AC 70026708834. Relator: Des. Leo Lima. DJ 25 mar. 2009.

sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso do plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo de suspensão".<sup>260</sup>

Este julgado demonstra, não obstante ser devedora a VASP, que para o STJ a busca pela continuidade da empresa toleraria a alteração das regras jurídicas – extremamente precisas – inerentes ao processo de recuperação judicial. Daí se vê, novamente, a força excessiva que parece ter sido conferida ao princípio da preservação da empresa,<sup>261</sup> ao ponto de se olvidarem as suas conexões com todos os demais princípios inerentes à recuperação e de dar-lhe prevalência para afastar as regras jurídicas estabelecidas pelo legislador, ou seja, para justificar decisão *contra legem*.

Ao apreciar AgRg no CC 110.250, o STJ parece ter redirecionado, com acerto, a sua compreensão acerca da aplicação do princípio da preservação da empresa na recuperação judicial, tendo realçado a sua conexão com os interesses dos credores e com as determinações fixadas na lei: “o espírito norteador da Lei 11.101/05, que consagra o princípio da preservação da empresa enquanto meio de assegurar a função social desta, mas que tem como fim primordial garantir os direitos e interesses da coletividade de credores.”<sup>262</sup> Da decisão, extrai-se:

A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05.

[...]

Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação.<sup>263</sup>

<sup>260</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª S. CC 79.170. Relator: Min. Castro Meira. *DJ* 19 set. 2008.

<sup>261</sup> Cf. Derzi: “Assim a nova Lei de Falências consagra, entre nós, a sobreposição da visão institucionalista da empresa, a ideia de sua função social prevalecente sobre o enfoque contratual individualista, limitado aos interesses dos sócios e controladores.” (DERZI; FRATTARI, 2009, p. 1327). Mais adiante: “O princípio da preservação da empresa que informa a lei é imprescindível à compreensão do instituto da recuperação judicial, guia as decisões tomadas entre os diversos interesses internos que nela se compõem, representa importante parâmetro que deve pautar a aplicação da lei em cada caso e, finalmente, deverá ser o guia de interpretação, norteador das decisões judiciais.” (Ibid., p. 1395).

<sup>262</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 16 set. 2010.

<sup>263</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 16 set. 2010.

Ao afastar a possibilidade de o pedido de falência apoiar-se em dívida de pequeno valor, o que não seria razoável em face do princípio da preservação da empresa, o STJ declarou que a Lei n. 11.101, de 2005 não importou realmente em uma inversão dos valores ou fundamentos do Direito Concursal, tendo apenas a nova legislação tornado explícito o que já era implícito.

Wald e Waisberg ainda recordam, no mesmo passo, que o STF já havia editado a Súmula 190, segundo a qual o não pagamento de título vencido há mais de 30 (trinta) dias, sem protesto, não impedia a concordata preventiva. Com essa disposição, o Pretório Excelso, no esteio do princípio da preservação da empresa, “abrandou o rigor da lei, que condenava à falência a empresa inadimplente, ainda que tivesse condições de superar a crise futuramente.”<sup>264</sup> Reforça-se, destarte, o entendimento de que a LFRE apenas explicitou o princípio que estava implícito,<sup>265</sup> não alterando, por isso, a sua força vinculativa enquanto norma jurídica.

O TJRS, na mesma senda do Superior Tribunal, comumente fundamenta suas decisões na seara do Direito Concursal com referência ao princípio da preservação da empresa, *verbi gratia*: a) A prorrogação do prazo de 180 dias é possível em face dos “princípios da razoabilidade e preservação da empresa”;<sup>266</sup> b) Pode-se suspender a execução promovida contra “empresa em recuperação judicial” em face da observância dos “princípios da razoabilidade e preservação da empresa”;<sup>267</sup> c) O acordo celebrado antes do decreto falimentar, juntado aos autos antes de tomadas as providências determinadas na sentença que decretou a quebra, “especialmente aquelas relativas à habilitação dos créditos pelos demais credores, isto é, quando a relação processual ainda se mantém no campo restrito de autor e réu, é perfeitamente admissível” para afastar a impontualidade do devedor, impedindo a decretação da falência, em face do princípio da preservação da empresa, o qual “parte da constatação de que a empresa representa um valor objetivo de organização que deve ser

---

<sup>264</sup> WALD; WAISBERG, 2009, p. 317.

<sup>265</sup> Cf. Wald e Waisberg: “A concepção da função social da empresa aplicada na concordata e na falência foi a mais importante dessas contribuições [da lei anterior].” (Ibid., p. 317).

<sup>266</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AI 70038626511. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. *DJ* 23 nov. 2010.

<sup>267</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 11ª Câm. Cív. AI 70038626099. Relatora: Des. Katia Elenise Oliveira da Silva. *DJ* 11 nov. 2010.

preservado, pois toda a crise da empresa causa um prejuízo à comunidade.”;<sup>268</sup> d) O pagamento da integralidade do débito pela falida, mesmo após a sentença que decreta a falência ter sido proferida, torna possível, na ausência de outros credores habilitados, o levantamento da falência, em face da aplicação do “princípio da preservação da empresa, o que atende ainda à continuidade de relações de emprego”;<sup>269</sup> e) O pedido de falência de nova sociedade, não obstante atuar no mesmo segmento da falida, ter por sócios os filhos daquela, exige prova “mais consistente do que meras alegações de sucessão de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico”, em atenção ao princípio da preservação da empresa.<sup>270</sup>

Das decisões judiciais acima sintetizadas, aspectos relevantes para o delineamento do conteúdo e da eficácia do princípio da preservação da empresa para o instituto da recuperação judicial devem ser realçados: (i) o princípio já estava implícito no ordenamento jurídico, tendo a Lei 11.101 de 2005 apenas o explicitado, o que de modo algum, por si só, deve justificar a sua valorização axiológica; (ii) o STJ adota com regularidade o princípio para tentar constituir as condições mínimas para a continuidade do exercício da atividade empresarial, mas desde que (a) ocorra apenas a suspensão ou o redirecionamento da eficácia de outros direitos, para que possam ser exercidos de uma forma menos prejudicial para o devedor; (b) não haja previsão expressa na lei que estabelece solução diversa daquela pretendida com o uso do princípio como argumento; (c) o direito que se pretende concretizar seja insignificante diante dos benefícios de se manter a empresa em atividade.

O estudo das regras jurídicas contidas na Lei n. 11.101, de 2005, por serem elas o resultado da objetivação dos conteúdos inerentes aos princípios, é um meio adequado para identificar não apenas o princípio que o legislador optou por privilegiar, como também o limite que entendeu suficiente para a promoção harmônica do conjunto de todos os princípios. Cumpre exemplificar:

a) O art. 6º da LFRE estabelece que “o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor,

---

<sup>268</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câ. Cív. AI 70031705163. Relator: Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. *DJ* 05 nov. 2009.

<sup>269</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câ. Cív. AI 70012350278. Relator: Des. Ubirajara Mach de Oliveira. *DJ* 28 mar. 2006.

<sup>270</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câ. Cív. AI 70003505229. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. j. 29 maio 2002.

inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”, o que importa promover a eficácia do princípio da preservação da empresa e em uma restrição à eficácia dos direitos dos credores. O limite desta relação está no art. 6º, §4º, o qual prevê que a suspensão “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias”. Por outro lado, a eficácia do princípio da preservação, quanto à suspensão das ações, não é promovida com relação aos direitos do Estado em exigir os seus créditos, que mantêm a sua eficácia plena, como se depreende do art. 6º, §7º, segundo o qual as execuções de natureza fiscal não são suspensas “pelo deferimento da recuperação judicial.”

b) Promove-se a eficácia do princípio da preservação da empresa ao retirar dos credores a eficácia do direito de voto acerca do plano de recuperação quando este não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito, conforme disposto no art. 45, §3º, LFRE.

c) A relação entre a eficácia do princípio da preservação da atividade empresarial exercida pelo devedor e a eficácia dos direitos dos credores foi fixada pelo legislador de modo a excluir dos efeitos da recuperação judicial determinados negócios jurídicos, contudo, promoveu a primeira e restringiu a segunda quando vedou, nos termos do art. 49, §3º, da LFRE, “a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial” durante a suspensão de 180 dias prevista no art. 6º, §4º, e ao excepcionar as sociedades cujo objeto social seja a exploração de serviços aéreos no que tange aos contratos de locação ou arrendamento mercantil de aeronave, *ut* art. 199, §§1º e 2º, da LFRE, voltou a promover a eficácia dos direitos vinculados a tais contratos.

d) O art. 52, II, da LFRE, assegura, com o despacho que defere o processamento do pedido, a dispensa das certidões negativas para que o devedor exerça as suas atividades, o que promove a preservação da empresa, enquanto restringe os princípios constitucionais da livre concorrência e da igualdade. Porém, ao exigir as certidões para a concessão do pedido (art. 57, LFRE), o legislador restabelece aqueles, mas restringe o princípio da preservação da empresa.

e) A atividade empresarial é exercida pelo devedor, de modo que a eficácia do princípio da preservação da empresa está relacionada com a postura e a vontade do devedor.

Também por isso, o art. 56, §3º, da LFRE, exige a concordância do devedor para que o plano seja alterado, e o art. 64, da LFRE, prevê que, salvo ato ilícito, durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da empresa.

f) Ao autorizar o juiz a conceder a recuperação judicial de devedor que se enquadrar no conceito de microempresa e empresa de pequeno porte sem que haja assembleia-geral de credores, nos termos do art. 72, da LFRE, o legislador restringiu a eficácia dos direitos dos credores em prol da preservação da empresa.

g) A possibilidade de o devedor pleitear, no prazo para contestar o pedido de falência, a sua recuperação judicial (art. 95, LFRE), aumenta a eficácia do princípio da preservação da empresa e restringe aquela deriva dos direitos dos credores.

No que tange à sua eficácia, o princípio da preservação da empresa, esta como objeto *sui generis* de tutela jurídica, é eficaz sempre, porquanto é no cotidiano que o empresário ou a sociedade empresária toma as decisões e implanta as ações com o escopo de não só preservá-la, mas ainda de aperfeiçoá-la. Em juízo, em face de o princípio não se constituir em fundamento jurídico para embasar uma pretensão (ação),<sup>271</sup> a sua eficácia emerge como defesa para neutralizar, relativizar ou redirecionar a eficácia de outros direitos vinculados a obrigações firmadas ou de responsabilidade da pessoa que exerce a atividade empresarial. Na recuperação judicial, assim como no Direito de Empresa, o princípio exerce, essencialmente, função de defesa. Este é o raciocínio subjacente à posição de Barbi Filho quanto à impossibilidade de se negar ao sócio o direito, lhe conferido pela lei, de pleitear a dissolução da sociedade:

Se não é possível o pagamento dos haveres sem sacrifício da empresa, a dissolução parcial perde, no caso concreto, sua finalidade institucional e seu fundamento socioeconômico, impondo-se a liquidação da pessoa jurídica.

Dessa forma, se, por um lado, a dissolução parcial pode comprometer a continuidade da empresa pela perda de recursos que acarreta o pagamento de haveres ao sócio, por outro há direito legislado desse sócio à dissolução total da sociedade em determinados casos. O que não me parece possível é negar-se ambos os direitos, à

---

<sup>271</sup> Cf. Sánchez Ruiz: “como acertadamente ha señalado autorizada doctrina, el principio de conservación de la empresa no puede considerarse el fundamento jurídico de la exclusión, sino una consecuencia de su aplicación”. (SÁNCHEZ RUIZ, 2006, p. 55).

dissolução parcial ou à total, em nome da preservação da empresa, tendo-se por revogada a legislação aplicável.<sup>272</sup>

A eficácia do princípio da preservação da empresa também encontra limite intransponível na sua própria inviabilidade econômico-financeira, que, presente, transfere o interesse social para a realocação adequada dos recursos. Observa-se que este limite advém da atividade em si, portanto, se faz presente de forma independente do problema jurídico que toca o empresário, a sociedade ou seus sócios. Do Direito de Empresa, extraem-se os apontamentos de Penteado: “[...] organizações societárias improdutivas, inativas ou sem perspectivas de lucratividade. [...] É inequívoco o interesse público em que as dissoluções e liquidações se processem de forma ágil e desburocratizada, para que a reinserção de valores estagnados no sistema econômico se opere com a maior celeridade”.<sup>273</sup> Do Direito Concursal, ouve-se Montenegro:

El mercado no resiste los embates anticompetitivos de las empresas inviables operando artificialmente bajo el paraguas del conservacionismo.

El principio de conservación de la empresa no puede consistir en un mecanismo de conservación indiscriminado de empresas, por cuanto un sistema de ese género no puede eludir la cuestión fundamental de saber en qué casos deben conservarse las empresas y en qué otros deben ser eliminadas.<sup>274</sup>

Quanto à eficácia do princípio da preservação da empresa com relação aos atos processuais, salienta-se que o despacho que defere o processamento do pedido de recuperação judicial (art. 52, LFRE) maximiza, por si só, a eficácia do princípio da preservação da empresa, no entanto, o faz de forma provisória, com o escopo de permitir a verificação dos pressupostos imprescindíveis à concessão do pedido (art. 58, LFRE). Com a decisão que concede o pedido, a eficácia do princípio se consolida, de modo que as obrigações sejam todas renovadas, não obstante isso ocorrer sob condição resolutive.

Com indeferimento do pedido de recuperação, ou a inexecução do plano, ter-se-á a falência, e daí dois efeitos advirão acerca da eficácia do princípio da preservação da empresa: (1) a sua eficácia, ampliada desde o despacho inicial, retroagirá e a eficácia dos direitos dos

<sup>272</sup> BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 160.

<sup>273</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e liquidação de sociedades*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 18-19.

<sup>274</sup> MONTENEGRO, Alicia Ferrer. Conservación vs. liquidación. La alternativa en los concursos? In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 4. 2008, Montevideo. *Crisis de la economía mundial e concursalidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 223 e p. 227.



credores, que havia sido restringida, voltará a adquirir o seu alcance ordinário, ao menos no plano jurídico; (2) a eficácia do princípio se redirecionará para a preservação de todas as empresas que são exercidas pelos credores do devedor (falido), e o seu alcance será maior na medida em que os créditos forem efetivamente pagos.

Em suma: o princípio da preservação da empresa deve ser compreendido e invocado como uma barreira capaz de redirecionar a eficácia dos direitos exercidos contra o empresário, a sociedade ou seus sócios, de modo que a concretização destes ocorra sem implicar, sempre que possível, o término da empresa; mesmo que, para tanto, às pretensões seja dado tratamento não previsto em lei, como ocorre, por exemplo, com a dissolução parcial imotivada de sociedade anônima,<sup>275</sup> desde que outra alternativa seja facultada ao titular do direito subjetivo.

#### *1.2.1.2 Princípio da cooperação*

Almeida Costa ensina que “a autonomia privada consiste na faculdade concedida aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, representando a boa fé um dos instrumentos consagrados pela ordem jurídica como limite ou complemento dessa livre conformação das relações obrigacionais.”<sup>276</sup> De modo que o princípio da autonomia privada e o princípio da boa-fé são alicerces do direito das obrigações.<sup>277</sup>

Inobstante o poder individual de cada um dos indivíduos humanos, constituído na sua capacidade de agir, não seria possível para nenhum deve triunfar no meio exterior isolando-se, daí a energia “formada pela reunião da capacidade de agir de múltiplos indivíduos é consumida na obtenção do Bem Comum que seria inatingível pelo Poder de um único indivíduo.”<sup>278</sup> Cooperar é condição para se ir além do individual. Não há como se falar em recuperação do devedor ou preservação da empresa sem que diversas pessoas relacionadas juridicamente entre si cooperem.

---

<sup>275</sup> Vide: BARBI FILHO, 2004, p. 64; ZANINI, 2005, p. 268 e p. 272.

<sup>276</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 97.

<sup>277</sup> Ibid., p. 95.

<sup>278</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002, p. 183.

A relação jurídica “*é sempre pessoal: entre pessoa e pessoa, nunca entre pessoa e coisa.*”<sup>279</sup> E deve ser compreendida como “uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e do credor”,<sup>280</sup> de modo que “todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.”<sup>281</sup> A cooperação, pode-se dizer, é manifestação concreta dos deveres anexos, de modo que apenas com atitudes positivas, no plano dos fatos, é que se pode avaliá-la, assim como a boa-fé se relaciona com a conduta concreta das partes na relação jurídica.<sup>282</sup>

Dentre os deveres anexos abarcados pelo princípio da cooperação, referência especial deve ser reiterada à boa-fé.<sup>283</sup> A autonomia da vontade e a boa-fé “comandam o nascimento de deveres e direitos (fontes) e o desenvolvimento das obrigações.”<sup>284</sup> A boa-fé importa no dever de consideração para com o outro, e no Direito das Obrigações “manifesta-se como máximo objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos.”<sup>285</sup>

Os deveres vinculados à boa-fé devem corresponder sempre a “lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica de outrem.”<sup>286</sup> Nas palavras de Couto e Silva:

O dever que se cumpre, ou se descumpre, é dever para com uma pessoa determinada. As relações que se estabelecem com essa pessoa são, também, determinadas. A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa fé é, por igual, verificável apenas “in concreto”, examinando-o o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado.<sup>287</sup>

A recuperação do devedor em crise econômico-financeira por meio de um processo judicial em que poderá haver uma tensão – com diferentes graus de intensidade – entre o interesse em se preservar a empresa e o interesse em se satisfazer as obrigações pactuadas não tem o condão, por si só, de neutralizar os efeitos gerados pelo ambiente altamente competitivo

<sup>279</sup> BECKER, 2002, p. 341.

<sup>280</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 120.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>283</sup> Cf. Almeida Costa: “o direito das obrigações encontra-se dominado pelos ditames da boa-fé.” (ALMEIDA COSTA, 2003, p. 95).

<sup>284</sup> COUTO E SILVA, *op. cit.*, p. 74.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 36.

em que se desenvolvem as atividades do devedor e a de seus credores. Esse enfoque evidencia que a necessidade de cooperação voluntária entre as partes vinculadas ao processo transcende os limites jurídicos, e demanda uma convergência de vontades mais abrangente.<sup>288</sup> Neste sentido, anota-se a percepção de Milton Friedman:

The political principle that underlies the market mechanism is unanimity. In an ideal free market resting on private property, no individual can coerce any other, all cooperation is voluntary, all parties to such cooperation benefit or they need not participate. There are no 'social' values, no 'social' responsibilities in any sense other than the shared values and responsibilities of individuals. Society is a collection of individuals and of the various groups they voluntarily form.<sup>289</sup>

Pautados pelo princípio da cooperação, credor e devedor deixam de ocupar posições dialéticas, antagônicas, *id est*, os seus lados não mais são percebidos como opostos. A percepção sobre o espaço em que se encontram é ampliada, de forma a abranger a relação obrigacional como um todo,<sup>290</sup> constituindo-se em “uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”.<sup>291</sup> Como unidade, o vínculo obrigacional transmite às partes o dever de os comportamentos serem coerentes, geradores e fortalecedores de confiança mútua.<sup>292</sup> A contribuição de Judith Martins-Costa, alinhada a esta concepção, é significativa:

O seu fundamento técnico-jurídico - e daí a conexão com a boa-fé objetiva - reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: *a*) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; *b*) a adesão da contraparte - porque confiou - neste fato; *c*) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; *d*) o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.<sup>293</sup>

<sup>288</sup> Cf. Santos, apoiado em Karl Polanyi, as relações sociais estão subordinadas à economia de mercado, uma vez que é este quem propicia a socialização entre as pessoas, constitui-se em um espaço para que estranhos possam interagir dentro da complexidade advinda da mobilidade social. (SANTOS, Hermílio. *Elementos para uma análise do estado contemporâneo*: em torno das políticas públicas. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 25).

<sup>289</sup> FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. *The New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

<sup>290</sup> COUTO E SILVA, op. cit., p. 115.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>292</sup> Cf. Williamson: “[...] a maior parte das disputas, incluindo muitas que poderiam ser levadas às cortes, é resolvida por medidas de precaução, auto-suporte e formas similares. Isso ocorre, pois “em muitas circunstâncias os envolvidos estão mais capacitados a identificar soluções satisfatórias para as suas disputas do que os profissionais restritos à aplicação de regras gerais baseados em conhecimentos limitados da disputa”. (WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 48).

<sup>293</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 471.

Subjacente às regras que flexibilizam os meios passíveis de serem adotados pelo plano repousa o princípio da cooperação.<sup>294</sup> Além disso, abrem espaço para as partes, em especial o devedor e os credores, participarem da construção, deliberação e decisão acerca do melhor encaminhamento da situação fática documentada na ação judicial.<sup>295</sup> As lições de Couto e Silva assim ensinam:

Nas relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude (“nostra res agitur”), como nas de sociedade, em parte nas de trabalho e, principalmente, na comunidade familiar, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa supra-pessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e sacrifícios relacionados com o fim comum.<sup>296</sup>

Ao avistar-se a possibilidade de uma integração harmônica dos interesses do devedor e dos credores na busca pela melhor maneira de a relação obrigacional ser satisfeita para ambos, pode-se dar um passo adiante, a fim de identificar uma zona na qual os interesses, na recuperação judicial, convergem para uma determinada solução, baseada, por sua vez, em uma equação de custos e benefícios apropriada diante da escassez de recursos.<sup>297</sup> Os interesses e as circunstâncias caracterizam-se pelo seu dinamismo, de modo que, na medida em que a situação fática do devedor se revela, a expectativa dos credores reage.

Inobstante possa haver uma tensão entre os interesses dos credores e aqueles inerentes ao devedor, é possível controlá-la sem excessos, para que se mantenha a possibilidade de ambos serem contemplados, por força do princípio da cooperação e não pela imposição legal, derivada da sobreposição de direitos,<sup>298</sup> seja pela aprovação tácita do plano, seja pela aprovação da Assembleia Geral.

<sup>294</sup> Cf. Franco e Sztajn: “Poder-se-á dizer que o plano é um negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz.” (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 234).

<sup>295</sup> Cf. Mandel: “a nova legislação teve a preocupação de criar normas que buscam viabilizar a recuperação da empresa, adotando diversas formas para que isso possa ocorrer, acabando com a falta de flexibilização da antiga concordata e substituindo-a pela possibilidade de apresentação de um plano de recuperação individualizado para cada caso específico, permitindo ainda ampla negociação entre o devedor e seus credores.” (MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 93).

<sup>296</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 31.

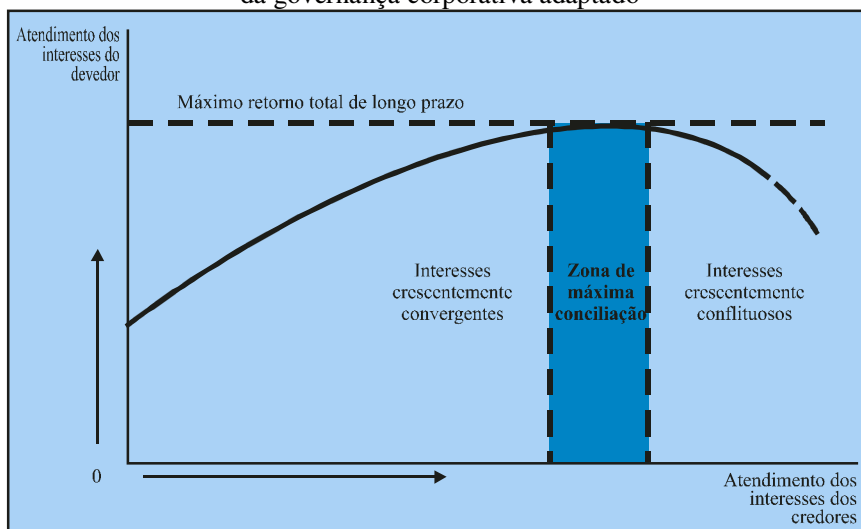
<sup>297</sup> Cf. Nusdeo: “Num mundo caracterizado pela escassez de recursos, o hedonismo, também chamado de Lei da Maximização dos Resultados, corresponde, em sua essência, a uma atitude de racionalidade, pois se a capacidade produtiva de cada um e o suprimento dos fatores de produção aos que se aplicará aquela capacidade são, ambos, por natureza limitados, nada mais racional do que tentar obter deles o mais alto retorno.” (NUSDEO, 2008, p. 114-115).

<sup>298</sup> A sobreposição de direitos, neste caso, assemelha-se à coerção descrita por Friedrich Hayek, e assim delineada por Hermílio Santos: “A coerção seria aquilo que se sofre em função de outrem e implica não apenas a possibilidade de provocar um dano, como também a intenção de induzir uma determinada conduta. Um indivíduo sob coerção não é aquele desprovido de suas faculdades mentais, mas sim aquele que se

Andrade e Rossetti demonstraram que a “empresa não maximizará o seu valor se ignorar o interesse de seus *stakeholders*” (partes interessadas), em outras palavras, pode-se dizer que o princípio da cooperação não se concretizará na recuperação judicial enquanto se ignorarem os interesses do devedor ou dos credores. Daí ser possível adaptar o gráfico elaborado por aqueles autores para evidenciar a relação entre tais interesses e o princípio da cooperação ao longo do processo de recuperação judicial:<sup>299</sup>

Andrade e Rossetti demonstraram que a “empresa não maximizará o seu valor se ignorar o interesse de seus *stakeholders*” (partes interessadas), em outras palavras, pode-se dizer que o princípio da cooperação não se concretizará na recuperação judicial enquanto se ignorarem os interesses do devedor ou dos credores. Daí ser possível adaptar o gráfico elaborado por aqueles autores para evidenciar a relação entre tais interesses e o princípio da cooperação ao longo do processo de recuperação judicial:<sup>300</sup>

Figura 1 - Atendimento dos interesses do devedor x atendimento dos interesses dos credores. Gráfico da governança corporativa adaptado



Fonte: ANDRADE; ROSSETTI, 2009.

Da representação gráfica acima, extraem-se três conclusões importantes quanto à eficácia do conteúdo do princípio da cooperação na seara da recuperação judicial: (i) quanto maior o período até a deliberação acerca do plano de recuperação, menor a probabilidade de

encontra privado da possibilidade de utilizar seus conhecimentos e recursos para alcançar seus próprios objetivos.” (SANTOS, 2005, p. 25).

<sup>299</sup> ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 129.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 129.

convergência dos interesses, e, por conseguinte, da concretização do princípio da cooperação e de todos os demais que estruturam o instituto da recuperação judicial, porquanto maior o distanciamento provocado, de um lado, pela suspensão dos direitos dos credores, e, de outro, pelo exercício da empresa sem que haja um diálogo com os credores; (ii) para a eficácia do princípio da cooperação ser promovida, é imprescindível que a relação obrigacional, contemplando todos os interesses pertinentes, receba um tratamento harmônico, sem que a um polo sejam atribuídos privilégios às custas do outro; (iii) no momento em que devedor e credores identificam a viabilidade de cooperarem uns com os outros na construção e aprovação de um plano de recuperação, e assumem o compromisso de executá-lo, o princípio da cooperação, cujo conteúdo unifica todos os deveres anexos ao direito das obrigações, atinge a sua plena eficácia, a qual se consolidará com a concessão do pedido (art. 58, LFRE).

O STJ, ao reiteradamente decidir que "após a aprovação do plano de recuperação judicial da empresa ou da decretação da quebra, as ações e execuções trabalhistas em curso, terão seu prosseguimento no Juízo Falimentar, mesmo que já realizada a penhora de bens no Juízo Trabalhista",<sup>301</sup> torna flagrante que a aprovação do plano é um marco no processo de recuperação, importante o suficiente para realinhar a eficácia dos princípios formadores do instituto, de modo a estabilizar a tensão entre o princípio da preservação da empresa e da preservação e efetividade dos créditos, e, a partir daí, abrir um novo horizonte para a eficácia do princípio da cooperação.

A cooperação que deve haver entre as partes vinculadas ao processo de recuperação é semelhante àquela imprescindível para uma sociedade empresária prosperar. Neste sentido, itera-se a percepção do próprio STJ, ao conferir tamanha envergadura à necessidade de cooperação, materializada no *affectio societatis*, que admite a dissolução de sociedade anônima quando, de fato, concentrado em seus sócios o seu elemento preponderante (*intuitu personae*):

[...] a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o artigo 206, II, "b", da Lei nº 6.404/76, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.<sup>302</sup>

<sup>301</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. CC 108.457. Relator: Des. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. convocado do TJAP). *DJe* 23 fev. 2010.

<sup>302</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. EREsp 111.294. Relator: Min. Castro Filho. *DJ* 10 set. 2007.

Ao julgar o AgRg no CC 110.250, o STJ enfatizou que o devedor, “admitindo estar em crise econômico-financeira”, deve, ao ajuizar a ação de recuperação judicial, “contar com um plano eficiente de reestruturação, a ser apresentado em juízo, e, principalmente, mostrar disposição de resolver o impasse o mais breve possível.”<sup>303</sup> A Min. Nancy Andrighi, relatora do recurso, grifa a responsabilidade de o devedor promover a cooperação com atos concretos, sendo este um de seus principais deveres na recuperação judicial, materializável, de início, na apresentação de um plano eficiente e viável para o seu soerguimento.

Do estudo dos artigos da Lei n. 11.101, de 2005, infere-se que ao conteúdo do princípio da cooperação foi dada atenção pelo legislador, porquanto, em diversas regras, cuidou para objetivá-lo. Exemplifica-se:

a) Ao suspender todas as ações e execuções contra o devedor após o “deferimento do processamento da recuperação judicial” (art. 6º, LFRE), a lei impõe que se instale um período de cooperação e tolerância, a fim de que o devedor possa tomar um fôlego, e retribuir mediante a apresentação de um plano que reflita, não apenas a sua viabilidade, mas também o compromisso de adimplir as suas obrigações o mais breve possível.

b) O art. 27 da LFRE confere legitimidade para o Comitê de Credores fiscalizar as atividades do administrador judicial e zelar pelo bom andamento do processo (art. 27, I, a, b, LFRE), e, ainda, para “fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação”, e “fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial” (art. 27, II, a, b, LFRE). Todas estas medidas refletem a unidade da relação obrigacional, e visam a constituir um ambiente em que a cooperação possa frutificar.

c) Caso o devedor venha a ser afastado de suas atividades, caberá ao comitê de credores submeter à autorização do juiz para “a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial” (art. 27, II, a, b, c, LFRE), o que torna flagrante a participação cooperativa dos credores em benefício da concretização do princípio da preservação da empresa.

---

<sup>303</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 16 set. 2010.

d) O art. 28 da LFRE estabelece que na inexistência do Comitê de Credores caberá ao administrador judicial ou ao juiz exercer as atribuições que caberiam àquele. A disposição revela que o princípio da cooperação é abrangente, a ponto de atrair devedor, credores, administrador judicial e juiz em torno do processo de recuperação e seus objetivos.

e) A remuneração dos membros do Comitê, nos termos do art. 29 da LFRE, não será custeada pelo devedor ou pela massa falida, apenas as despesas autorizadas pelo juiz serão ressarcidas, isto se houver disponibilidades de caixa. A cooperação encontra apenas de forma mediata uma contrapartida, de modo imediato, ela se justifica no interesse de contribuir para um objetivo comum.

f) O princípio da cooperação em prol da recuperação do devedor e do interesse dos credores também justifica a submissão à recuperação de todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, nos termos do art. 49, LFRE. A eficácia do princípio poderia ser ampliada pelo legislador, a ponto de conferir um tratamento mais elaborado aos créditos de natureza fiscal.

g) Os limites do princípio da cooperação encontrar-se-ão com os limites inerentes aos princípios subjacentes aos outros dois princípios constitutivos – princípio da satisfação dos interesses dos credores e princípio da eficiência econômico-jurídica –, como está claro, por exemplo, no texto do art. 54 da LFRE, segundo o qual o plano não poderá prever prazo superior a um ano para o pagamento dos créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho. Nesta senda, se aprende com Couto e Silva:

Nos negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (“*mea res agitur*”), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração.<sup>304</sup>

No que tange à eficácia do princípio da cooperação, complementa-se que o seu alcance pleno ocorrerá com a aprovação pelos credores, em conjunto com o devedor, do plano de recuperação, cujo conteúdo altera as condições inerentes à exigibilidade dos créditos, e, em tese, acaba por expor o adimplemento das obrigações por mais tempo a circunstâncias que põem em risco a sua eventual satisfação. A decisão judicial que conceder o pedido – acolher o

---

<sup>304</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 30.



plano – consolidará a sua eficácia no plano jurídico. Caso a falência venha a ser decretada, a eficácia do princípio da cooperação irá recolher-se no caso concreto, e o princípio da vinculação à lei ganhará prevalência.

Em resumo: o princípio da cooperação determina que haja uma união, pautada pela boa-fé, confiança e lealdade em torno de um projeto comum que objetiva, em um primeiro momento, fazer com que o devedor se restabeleça. A sua eficácia é abrangente e pode ser verificada sob dois enfoques: (i) sob o prisma jurídico: a cooperação unifica todos os deveres anexos às obrigações; (ii) sob o prisma subjetivo: abrange a postura de todas as pessoas vinculadas à recuperação judicial em concreto, não obstante sua intensidade ser maior na relação entre o devedor e os seus credores.

### *1.2.1.3 Princípio da segurança jurídica*

Da mesma forma que a vinculação negativa do legislador aos direitos fundamentais proíbe que ele reduza as faculdades e as situações jurídicas contidas nos direitos postos e delimitados pela Constituição, exceto quando isso seja necessário para preservar outros direitos e bens constitucionalmente protegidos,<sup>305</sup> a vinculação do juiz à lei proíbe que ele, ao interpretar e decidir questões pertinentes à lei ordinária, de natureza patrimonial, reduza as faculdades e as situações jurídicas contidas nas regras e princípios postos pela lei, exceto quando isso tenha sido prévia e validamente autorizado, em face da necessidade de se preservar outros direitos e bens constitucional e legalmente protegidos.

O princípio da segurança jurídica contempla, em seu sentido amplo, como referiu Canotilho, a proteção da confiança, e seu conteúdo confere ao indivíduo o direito de confiar que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes “sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico”.<sup>306</sup> O jurista assinala:

A segurança e a protecção da confiança, exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos

<sup>305</sup> MEDINA GUERRERO, 1996, p. 115.

<sup>306</sup> CANOTILHO, 2000, p. 256.

jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer *acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial.<sup>307</sup>

A ausência de segurança reduz a disposição dos credores em cooperar, por conseguinte, a probabilidade de a recuperação ser exitosa,<sup>308</sup> porquanto a economia reage ao risco jurídico.<sup>309</sup> No Parecer da CAE, consta que a segurança jurídica evidencia-se ao se conferir às normas da LFRE “tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planeamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.”<sup>310</sup>

A decisão da Suprema Corte no caso *EUA vs. Ron Pair Enterprises, Inc.* reduziu significativamente o uso da história legislativa na interpretação das disposições do Código de Falências. A decisão considerou que a seção 506(b) mudou a jurisprudência de pré-código para que um credor de garantia (penhor) não consensual tivesse direito a juros posteriores ao pedido de reorganização. O Juiz Blackmun baseou sua afirmação no “sentido próprio” da seção 506(b). O entendimento continha uma série de declarações sobre a interpretação da Lei de Falências, as quais são agora regularmente citadas em tribunais para rejeitar pretensões baseadas na história legislativa e na jurisprudência de pré-código.<sup>311</sup> Da decisão da Suprema Corte, extrai-se:

Initially, it is worth recalling that Congress worked on the formulation of the Code for nearly a decade. It was intended to modernize the bankruptcy law [...]. In such a substantial overhaul of the system, it is not appropriate or realistic to expect Congress to have explained with particularity each step it took. Rather, as long as the statutory scheme is coherent and consistent, there generally is no need for a court to inquire beyond the plain language of the statute.

The task of resolving the dispute over the meaning of §506(b) begins where all such inquires must begin: with the language of the statutes itself [...]. In this case it is also where the inquiry should end, for where, as here, the statute’s language is plain, “the sole function of the courts is to enforce it according to its terms.” *Caminetti v.*

<sup>307</sup> CANOTILHO, 2000, p. 256.

<sup>308</sup> Cf. Canaris, “onde exista uma necessidade de segurança jurídica mais elevada” deve-se preferir previsões rígidas, como nas ordenações firmes do Direito Cambiário, dos Direitos Reais ou mesmo no Direito das Sucessões ou das Sociedades, e não um sistema móvel, o qual ocupa uma posição entre a previsão rígida e as cláusulas gerais. (CANARIS, 2002, p. 143).

<sup>309</sup> Cf. Castelar Pinheiro: “um sistema legal e judicial de má qualidade distorce os preços da economia, na medida em que introduz um risco jurídico nos preços, que, ao incidir de forma não uniforme nos vários mercados de bens e serviços, distorce os preços relativos e diminui a eficiência alocativa da economia.”<sup>309</sup> (PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005b, p. 63).

<sup>310</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

<sup>311</sup> Cf. EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 5.

United States, 242 U.S. 470, 485, 37 S.Ct. 192, 194, 61 L.Ed. 442 (1917). The language before us expresses Congress' intent – that postpetition interest be available – with sufficient precision so that reference to legislative history and to pre-Code practice is hardly necessary.<sup>312</sup>

Destarte, o princípio requer que as interpretações e as decisões judiciais observem as normas jurídicas postas, e contenham-se em alterar o conteúdo e os efeitos das relações obrigacionais contratadas em sintonia com a legislação vigente, sob o pretexto de promover um ou outro objetivo. No caso da recuperação judicial, além de bens jurídicos, os bens materiais, economicamente valorados, também sofrerão os efeitos decorrentes das restrições impostas ao princípio da segurança jurídica, como sublinhado por Nusdeo:

[...] o valor econômico de um bem condiciona-se ao tratamento a ele dado pelas instituições vigentes em cada país e em cada época, vale dizer, pelo Direito a ele aplicável, e, pois, pelos valores éticos a informarem esse Direito pois não há norma jurídica que não decorra da incidência de um feixe valorativo sobre a realidade.<sup>313</sup>

A interferência normativa, quando restringe a segurança jurídica inerente ao direito de propriedade e ao cumprimento dos contratos, independente da justificativa, provocará uma revisão dos custos de transação, e, assim, desestimulará o crescimento econômico, que precisa de movimentação dinâmica, constante e estável dos bens e serviços para ocorrer. Recordar-se que os agentes tendem a inadimplir suas obrigações se os custos forem maiores do que os benefícios de fazê-lo. Nas palavras de Posner:

Se nas relações contratuais o adimplemento das obrigações fosse simultâneo, a necessidade de uma proteção jurídica aos contratos seria menos urgente. Uma vez que a simultaneidade é pouco freqüente, a falta de uma regulamentação dos direitos tenderia a encaminhar investimentos em atividades de curta duração, abdicando, a sociedade, de projetos de longo prazo, o que reduziria significativamente a eficiência do sistema econômico.<sup>314</sup>

O STJ, ao julgar o REsp 1130.103, reconheceu serem a segurança e a transparência meios de proteger a confiança e a ética no ambiente corporativo, compreendidos como bens jurídicos. *In verbis*:

No cenário contemporâneo da economia nacional e internacional, altamente dependente da saúde financeira do setor empresarial e da confiabilidade das informações, a eticidade nas relações *interna corporis* das companhias é bem

<sup>312</sup> EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, 1993, p. 5.

<sup>313</sup> NUSDEO, 2008, p. 55.

<sup>314</sup> POSNER, Richard. apud VIGIL NETO, 2008, p. 47.

jurídico igualmente digno de tutela, por meio do estímulo à segurança e à transparência das operações financeiras.<sup>315</sup>

O conteúdo do princípio da segurança jurídica no que tange à recuperação judicial abarca o reconhecimento de que: a) o desenvolvimento econômico está diretamente relacionado à realização de contratos (trocas); b) certeza, confiança e previsibilidade jurídica contribuem para que se tenha um ambiente propício à realização de contratos (trocas);<sup>316</sup> c) sem garantia da propriedade privada, ninguém se disporia a fazer uso de seus recursos para fazer adquirir coisas, fazer negócios ou empreender, pois lhes faltariam os meios legais para conservá-la, usufruí-la ou exigí-la;<sup>317</sup> d) as pessoas agem racionalmente, de modo que responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante um sistema de prêmios e punições, assim, sendo a legislação um estímulo externo, quanto mais clara e aderente às instituições sociais as normas forem, mais eficiente será o funcionamento da atividade econômica;<sup>318</sup> e) muito do que influencia o comportamento das pessoas e das organizações refere-se às exceções e não às rotinas; f) não há como os contratos, tampouco a lei, antecipar todas as soluções – exequíveis ou adequadas – para os conflitos imprevisíveis.<sup>319</sup>

A análise dos artigos da Lei n. 11.101, de 2005, revela que muitas das regras estabelecidas pelo legislador são manifestações objetivas do princípio da segurança jurídica. A título de exemplo:

a) O art. 49, §3º, da LFRE, assegura que não sofrerão os efeitos da recuperação judicial os créditos referentes a arrendamento mercantil, alienação fiduciária, reserva de domínio, compromisso de compra e venda de imóvel que contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade.

b) A restituição em dinheiro dos contratos de adiantamento de câmbio é garantida pela regra do art. 86, II, da LFRE.

---

<sup>315</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 1.130.103. Relator: Min. Castro Meira. DJ 30 ago. 2010.

<sup>316</sup> Cf. Santos: “Para o equilíbrio de uma sociedade, é imprescindível haver um fluxo contínuo nesse sistema de trocas, em que todos os membros da sociedade possam contribuir, mesmo que não necessariamente de maneira simétrica.” (SANTOS, 2005, p. 27).

<sup>317</sup> NUSDEO, 2008, p. 54.

<sup>318</sup> SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

<sup>319</sup> WILLIAMSON, 2005, p. 22-23.

c) O art. 60, parágrafo único, da LFRE, ao consignar que o objeto da alienação estará livre e que não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, excetuando-se se for pessoa vinculada ao devedor, *ut* art. 141, §1º, da LFRE, visa a conferir segurança àqueles que se dispõem a concretizar os objetivos do instituto, afastando, expressamente, eventuais riscos ocultos relacionados aos ativos.

d) Ao exigir que após a concessão do pedido de recuperação o devedor tenha de cumprir com todas as obrigações “previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos”, o art. 61, da LFRE, promove a segurança jurídica quanto à validade e à eficácia de todas as obrigações pactuadas inicialmente pelo devedor, de modo que estas prevalecerão em caso de o plano se revelar inviável.

e) O art. 74 torna explícita a presunção de validade dos atos praticados durante a recuperação judicial em caso de convalidação desta em falência.

f) A decisão que concede a recuperação judicial, por força do art. 180, da LFRE, “é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.” Com esta regra, o legislador reduz o espaço para qualquer arbitrariedade quanto aos atos que venham a ser praticados pelo devedor.

g) A segurança jurídica exige previsibilidade e transparência, e neste sentido é que o art. 196 da LFRE determina que os “Registros Públicos de Empresas” mantenham um banco de dados público e gratuito na rede mundial de computadores “contendo a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação judicial.”

No que tange à eficácia do princípio da segurança jurídica na recuperação judicial, anota-se que ela está direcionada, de um lado, para a necessidade de se adotarem medidas que promovam as trocas e as concessões de crédito;<sup>320</sup> e, de outro, para a exigência de as interpretações e decisões judiciais promoverem a certeza e a estabilidade quanto aos efeitos e

---

<sup>320</sup> Cf. Villegas, a expressão crédito pode ser compreendida como “a troca de um bem presente por um bem futuro”, ou, ainda, como “a transferência temporal de poder aquisitivo em troca da promessa de reembolso dessa quantia acrescida de juros em um prazo determinado e na unidade monetária convencionada.” (VILLEGAS, Carlos Gilberto. *apud* TURCZYN, Sidnei. *O sistema financeiro nacional e a regulação bancária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62).

aplicação das regras relacionadas à recuperação judicial, as quais refletem no valor de bens jurídicos, correlacionados a bens econômicos.

De modo sintetizado: o princípio da segurança jurídica na recuperação judicial determina que as regras, mesmo em uma situação de crise econômico-financeira, sejam respeitadas, de modo que se possa conferir certeza, previsibilidade e estabilidade para as tomadas de decisões pelos agentes atuantes no mercado. A restrição de sua eficácia implicará a restrição da eficácia do princípio da cooperação e do princípio da preservação e efetividade dos créditos, e, por conseguinte, em uma restrição ainda mais severa à eficácia do princípio da preservação da empresa, mormente, a médio e longo prazo.

### **1.2.2 Princípio da satisfação dos interesses dos credores**

O fundamento legal do princípio social da satisfação dos interesses dos credores está explícito no art. 47 da Lei n. 11.101, de 2005, e pode assim ser formulado: o processo de recuperação judicial deve avançar na busca por uma nova e planejada oportunidade para o devedor adimplir as suas obrigações, preservando-se a efetividade dos créditos e a sua natureza.

#### *1.2.2.1 Princípio da participação ativa dos credores*

O princípio central da economia de mercado livre é o princípio da livre concorrência.<sup>321</sup> Na autonomia da vontade está o fundamento da ordem jurídica privada, devendo aquela ser compreendida como “a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesse, criar associações, efetuar escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade.”<sup>322</sup>

A atividade empresarial exercida em uma ordem capitalista perderia a sua razão de existir se a riqueza alocada – propriedade privada – para o seu desenvolvimento não mais tivesse a possibilidade de granjear o lucro, elemento essencial para a ordem econômica (art. 172 e 173, §4º, da CRFB). Para tanto, liberdade é *conditio sine qua non* para que ocorra o

---

<sup>321</sup> ASHTON, 2006b, p. 177.

<sup>322</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 17.

autodirecionamento econômico dos bens e das ideias. A participação ativa dos credores decorre dos negócios jurídicos firmados com o devedor e não cumpridos.<sup>323</sup>

A recuperação judicial encontra no Direito das Obrigações uma parte de seus fundamentos.<sup>324</sup> O interesse dos credores prevalece sobre o interesse do devedor para o regime e a teoria das obrigações.<sup>325</sup> É o interesse do credor que justifica a obrigação, assim como, é a satisfação do interesse do credor que extingue a obrigação.<sup>326</sup> Na relação jurídica o sujeito ativo tem o direito à pretensão, e o sujeito passivo tem o dever de prestá-la. A pretensão é o poder de exigir a prestação, enquanto a obrigação é o não poder negar-se à exigência da prestação.<sup>327</sup>

As obrigações, em sua maioria, advêm de negócios jurídicos instituídos pela ordem jurídica como fatos constitutivos de direitos, o que “confere aos indivíduos que lhe são subordinados o poder de regular as relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial.”<sup>328</sup>

No campo da recuperação judicial, deve-se ainda considerar os custos de transação, os quais aumentarão na medida em que o subsistema jurídico deixar de proteger e garantir os direitos incidentes sobre àqueles negócios. Por isso, a participação dos credores transcende o que comumente se denomina de Direito Privado. Vale transcrever as lições de Almeida Costa:

---

<sup>323</sup> Cf. Kelsen: “apresenta-se como típica relação de Direito privado o negócio jurídico, especialmente o contrato, quer dizer, a norma individual criada pelo contrato, através da qual as partes contratantes são juridicamente vinculadas a uma conduta recíproca. [...] o contrato de Direito privado representa um método de criação jurídica pronunciadamente democrático. Por isso, pois, já também a antiga teoria designava a esfera jurídico-negocial como a esfera da autonomia privada.” (KELSEN, 2006b, p. 311).

<sup>324</sup> Cf. Biolchi, relator do Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, referente à Lei n. 11.101, de 2005, na Câmara dos Deputados: “Quem estiver atento à leitura da seção IV dos arts. 35 a 46 desta lei poderá constatar, com facilidade, que o devedor, para recuperar a sua empresa, dependerá mais da Assembléia Geral de Credores (art. 36), que, em última análise, terá o poder de decisão em conceder o prazo necessário para a recuperação da organização empresarial. Confesso em sã consciência a você leitor e ao público em geral que, na qualidade de relator, sempre fui refratário à idéia de depositar nas mãos dos credores esta importante decisão da vida das empresas e o próprio destino.” (BIOLCHI, 2009, p. XLIV-XLV). Do texto redigido pelo Deputado, assinalam-se dois pontos: (i) a dúvida quanto ao limite da eficácia do princípio da participação ativa dos credores; (ii) o apego à ideia de se fazer da recuperação judicial um instrumento de política social.

<sup>325</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 91.

<sup>326</sup> Ibid., p. 92.

<sup>327</sup> BECKER, 2002, p. 344.

<sup>328</sup> KELSEN, 2006b, p. 284-285.

Parece exacto afirmar-se que os contratos constituem a precípua fonte das relações obrigacionais, não só pela sua frequência, mas também porque os direitos e as obrigações deles resultantes são, de um modo geral, os de maior relevo na vida de todos os dias.<sup>329</sup>

A todos os contratos é comum o aspecto que se consubstancia no princípio da força vinculativa, segundo o qual “uma vez celebrado, o contrato plenamente válido e eficaz constitui lei imperativa entre as partes (‘lex privata’).”<sup>330</sup> Neste sentido, o entendimento do STJ: “Conforme jurisprudência desta Corte, a regra geral é a de que os haveres do sócio que se retira da sociedade devem ser pagos na forma prevista no contrato, salvo se existente alguma peculiaridade com força para afastar este entendimento”.<sup>331</sup>

No Parecer da CAE, acerca do princípio da participação ativa dos credores, consta: “é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.”<sup>332</sup>

Restrição à eficácia do princípio da participação ativa dos credores foi realizada pela 4ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1014153, ocasião em que o Tribunal autorizou o credor a retirar a sua impugnação contra o plano de recuperação judicial até a convocação da assembleia geral.<sup>333</sup> O juiz havia homologado a desistência. A parte recorreu, sustentando a impossibilidade de desistência, que dirá sem ouvir os demais credores. O TJRN deu provimento ao recurso. Os ministros acompanharam o voto do relator, Ministro João Otávio de Noronha: “Certo é que não existe nenhuma vedação à desistência, tampouco se pode obrigar a parte a prosseguir com a impugnação”.

A questão é mais sensível do que aparenta. A LFRE prevê que havendo uma única impugnação ao plano, caberá à Assembleia Geral deliberar e decidir quaisquer questões relacionadas ao plano de recuperação. Nesta linha, a objeção ao plano pode ser compreendida

---

<sup>329</sup> ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 181.

<sup>330</sup> Ibid., p. 279.

<sup>331</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 450129. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. *DJ* 16 dez. 2002.

<sup>332</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

<sup>333</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 1014153. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJe* 05 set. 2011. Na ementa consta: “O credor pode desistir da objeção ao plano de recuperação judicial se o pedido de desistência tiver sido apresentado antes de convocada a assembléia-geral de credores.”



como um ato consumado, que deflagra efeitos legais, não mais passíveis de serem retirados do plano jurídico exclusivamente pelo credor que realizou o ato. A prevalecer o entendimento do STJ, muitos credores que gostariam de aguardar a assembleia para apresentar as suas objeções ou sugestões terão de impugnar o plano de imediato, mesmo que isso possa provocar efeitos negativos sobre outros credores e sobre o próprio devedor, pois, do contrário, talvez não haja outra oportunidade. A posição do STJ majora a eficácia do princípio da preservação da empresa.

O princípio da participação ativa dos credores foi objetivado pelo legislador nas regras jurídicas estabelecidas na Lei n. 11.101, de 2005, razão pela qual destas mesmas regras pode-se inferir o seu conteúdo e alcance para e no instituto,<sup>334</sup> e, ainda, identificar o equilíbrio que o legislador entendeu adequado para promover o conjunto de princípios orientadores do subsistema da recuperação. Exemplifica-se:

a) O art. 26, da LFRE, assegura a constituição do Comitê de Credores “por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia-geral”. Ao Comitê será facultado exercer funções que abrangem praticamente todos os atos relacionados ao processo de recuperação (art. 27, LFRE), inclusive submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais, de garantias e atos de endividamento necessários à continuação da empresa no período anterior à aprovação do plano (art. 27, II, c, LFRE).<sup>335</sup>

b) O princípio da participação ativa dos credores subjaz às regras que outorgam competência à assembleia-geral de credores (art. 35, LFRE), inclusive quanto à competência para deliberar sobre: (i) a “aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor” (art. 35, I, a, LFRE); (ii) “o pedido de desistência do

---

<sup>334</sup> Cf. Lobo: “Parcial sacrifício de seus credores, de que são exemplos marcantes, na Lei n. 11.101, de 2005: a) a suspensão das ações e execuções contra o devedor (art. 6º, *caput*); b) a fiscalização dos negócios sociais do devedor pelo administrador judicial (art. 22, II, a), pelo comitê de credores (art. 27, I, a, da LRE), pelo Ministério Público (art. 84 CPC) e pelo juízo, que preside o processo; c) a exclusão dos adiantamentos de contrato de contrato de câmbio – ACC, da alienação fiduciária em garantia e do leasing dos efeitos da LRE (art. 49, §§ 3º e 4º); d) o pagamento prioritário dos créditos trabalhistas (art. 54); e) a novação das obrigações e dívidas do devedor, mesmo sem a anuência e até contra a vontade dos credores (art. 59); f) a destituição dos administradores da empresa (art. 64); g) as restrições aos poderes dos administradores da empresa (art. 66); h) o privilégio dos créditos extracontratuais (art. 84) etc.” (LOBO, 2009, p. 128).

<sup>335</sup> Cf. Gonçalves Neto: “A fonte inspiradora da norma que cria o comitê de credores no sistema falimentar brasileiro pode ser encontrado no Direito norte-americano, embora remonte às legislações do sistema europeu-continental.” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 193-194).

devedor” (art. 35, I, d, LFRE); (iii) a escolha do “nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor” (art. 35, I, d, LFRE).

c) O art. 36, §2º, da LFRE, autoriza os credores, quando mais de 25% do valor total dos créditos de uma determinada classe estiver representada, a requerer ao juiz a convocação de assembleia-geral. O percentual (1/4) e a possibilidade de ser de qualquer uma das classes revelam o extenso alcance conferido ao princípio da participação dos credores.

d) Ao retirar dos sócios do devedor o direito de voto na assembleia-geral de credores (art. 43, LFRE), o legislador optou por privilegiar a efetividade advinda da participação dos credores que não mantêm vínculo social com o devedor,

e) Ao estabelecer que o “devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento” sem a aprovação da desistência pela assembleia-geral de credores, o art. 52, §4º, da LFRE, reduziu a possibilidade de tensão entre os princípios constitutivos do instituto – princípio da recuperação do devedor e princípio da satisfação dos interesses dos credores –, atribuindo ao devedor e aos credores a legitimidade para decidirem, em conjunto, acerca da desistência do pedido. Em outras palavras, a lei faculta ao devedor ingressar com a ação de recuperação e confere uma série de efeitos ao despacho inicial (art. 52, LFRE), sobre o qual nenhuma interferência os credores exercem. Contudo, após tal ato, a desistência e a concessão do pedido passam a estar condicionadas à concordância dos credores (art. 58, LFRE), a qual, caso inexista, importará na falência do devedor (art. 56, §4º, LFRE).

f) O art. 65, da LFRE dispõe que quando do afastamento do devedor “o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades”. Caso o gestor indicado pela assembleia recusar ou estar impedido, o juiz convocará nova assembleia-geral (art. 65, §2º, LFRE).

g) A participação ativa dos credores embasa a regra segundo a qual o juiz decretará a falência do devedor que se enquadrar no conceito de microempresa e empresa de pequeno porte quando mais da metade dos titulares de créditos quirografários se opuserem ao pedido (art. 72, parágrafo único, LFRE).

No que tange à sua eficácia, assinala-se que ela é, preponderantemente, positiva, isto é, constitui fundamento jurídico para embasar a pretensão dos credores de exigir do devedor, inicialmente, a apresentação de um projeto alternativo, cuja consistência dê suporte para os credores avistarem a sua viabilidade econômico-financeira, e, por conseguinte, o adimplemento das obrigações.<sup>336</sup> Com a concordância dos credores e a concessão do pedido pelo juiz, a eficácia do princípio passa a fundamentar as regras inerentes à fiscalização e execução do plano.

Em resumo: o princípio da participação ativa dos credores legitima estes a tomarem parte no processo de recuperação, e lhes faculta o exercício de uma série de medidas para preservar e exigir o pagamento de seus créditos. A sua eficácia atinge seu ponto máximo quando da deliberação acerca do plano de recuperação em assembleia. A aprovação do plano pelos credores, por ser requisito obrigatório, torna patente que o limite do princípio da preservação da empresa é fixado pelo princípio da satisfação dos interesses dos credores, mais especificamente pelos princípios da participação ativa dos credores e da preservação e efetividade dos créditos.

#### *1.2.2.2 Princípio da preservação e efetividade dos créditos*

Para o sistema econômico, o direito de propriedade e a liberdade de contratar são instituições que o viabilizam.<sup>337</sup> A propriedade privada deve ser compreendida em seu sentido amplo, de modo que contemple todos os direitos patrimoniais. Tomasetti Jr., com acerto, sublinha que os “direitos de crédito e os direitos de propriedade são *direitos patrimoniais*”, porquanto “manifestam valor econômico e podem ser expressos mediante quantificações em dinheiro.”<sup>338</sup> De outra forma, são “*bens patrimoniais* aqueles que entram no *processo de circulação de riqueza*.”<sup>339</sup> Nas palavras de Verçosa:

O termo ‘propriedade’, no caso, deve ser empregado de forma abrangente, incluindo-se nele os bens materiais e imateriais utilizados pelo empresário para o exercício de sua atividade, na busca pelo lucro. A desmaterialização progressiva do

---

<sup>336</sup> Cf. Kelsen: As normas criadas por meio de um negócio jurídico não são normas jurídicas autônomas, elas somente serão jurídicas quando combinadas “com as normas gerais que estatuem as sanções.” (KELSEN, 2006b, p. 285).

<sup>337</sup> NUSDEO, 2008, p. 54.

<sup>338</sup> TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a constituição. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 126, abr./jun. 2002, p. 124.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 124.

conceito de 'propriedade', cada vez maior, alcançou recentemente um ponto antes impossível de ser imaginado, quando se verifica que as empresas da chamada 'nova tecnologia' praticamente não possuem ativos materiais significativos. Seu valor é de forma quase total correspondente a um bem absolutamente intangível.<sup>340</sup>

Destarte, os créditos submetidos à recuperação judicial constituem-se em propriedade dos credores, formalizada no vínculo obrigacional, cujo fim encontra-se no adimplemento, acerca do qual se encontra subalternizado “o interesse do devedor em se exonerar do vínculo.”<sup>341</sup> A relação obrigacional nasce e desenvolve-se na direção do objetivo que lhe dá vida e confere razão de ser: o cumprimento.<sup>342</sup> Nas palavras de Couto e Silva: “A obrigação dirige-se à prestação, ao ato que a satisfaça.”<sup>343</sup> Leciona ainda o jurista: “O destino que preside ao desenvolvimento da obrigação é o fim jurídico que a comanda e a orienta, e, por esse motivo, afirma-se que ela se dirige ao adimplemento para, por meio deste, satisfazer o interesse do credor.”<sup>344-345</sup>

Nesta senda, consigna-se que o propósito do *business reorganization* no direito Americano, segundo Tabb e Brubaker, é o de contemplar o maior número possível de interesses envolvidos, de uma forma harmônica: "The premise underlying chapter 11 is that everyone - creditors, the debtor, stockholders, employees, suppliers, the community - can benefit if a debtor's financial affairs are restructured at an acceptable cost."<sup>346</sup> Contudo, o resultado da preservação da atividade é utilizado para o objetivo imediato fim – pagamento dos credores –, conforme salientado por Ferriell e Janger: "In reorganization, the debtor continues to operate its business, and the income from operations is used to repay creditors."<sup>347</sup> E nas palavras de Tabb e Brubaker: "In chapter 11, the goal is to reorganize the debtor's business in order to capture the full going concern value of that business for creditors and stockholders."<sup>348</sup>

<sup>340</sup> VERÇOSA, 2004, p. 174-175.

<sup>341</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 93.

<sup>342</sup> Ibid., p. 95.

<sup>343</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 67.

<sup>344</sup> Ibid., p. 145.

<sup>345</sup> Cf. Becker, com apoio em Pontes de Miranda: “O conteúdo da prestação é, sempre, ato positivo (*facere*) ou ato negativo (*non facere*) do sujeito passivo, na relação jurídica. [...] Distingue-se a prestação do seu objeto. A prestação é *facere* ou *non facere*. O objeto da prestação é aquilo que está (ou não está) sendo feito.” (BECKER, 2002, p. 347).

<sup>346</sup> TABB, Charles Jordan; BRUBAKER, Ralph. *Bankruptcy law: principles, policies, and practice*. 2. ed. New York: LexisNexis, 2006, p. 707.

<sup>347</sup> FERRIELL, Jeffrey Thomas; JANGER, Edward J. *Understanding Bankruptcy*. New York: LexisNexis, 2007, p. 703.

<sup>348</sup> TABB; BRUBAKER, op. cit., p. 331.

Na mesma vereda, o Parecer da CAE, no que tange à preservação e efetividade dos créditos, sublinha que a retirada do mercado das sociedades ou empresários irrecuperáveis deve ser promovida “de forma rápida e eficiente”, “a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.”<sup>349</sup> A relação entre o princípio da preservação e efetividade dos créditos e os demais princípios formadores da recuperação judicial consta no Parecer da CAE da seguinte forma:

6) Redução do custo do crédito no Brasil: é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.<sup>350</sup>

Cabe anotar que a seção 1.121 do “*Bankruptcy Code*” americano dá ao devedor o direito exclusivo de apresentar o plano de reorganização, com base nas regras do *Chapter 11*, no prazo de 120 dias, a contar da ordem de suspensão das ações e execuções (*order for relief*). O devedor então tem 180 dias a partir da citada ordem para obter a aprovação do seu plano de cada classe que está submetida a ele. Este período de tempo é comumente referido como “*exclusivity period*”. A pedido de uma parte interessada, o juízo da falência poderá aumentar ou diminuir este período, se razões, para tanto, forem demonstradas. Na prática, a maioria dos devedores requerem e rotineiramente têm os seus pedidos de prorrogação do “*exclusivity period*” acolhidos.<sup>351</sup> Para a Suprema Corte americana, um dos principais propósitos da Lei Falimentar é aliviar o devedor honesto do peso do endividamento opressivo e autorizá-lo a recomeçar de uma forma mais leve: “As the Supreme Court pointed out in *Local Loan Co. v. Hunt*, “[O]ne of the primary purposes of the bankruptcy act is to relieve the honest debtor from the weight of oppressive indebtedness and permit him to start afresh [...]”<sup>352</sup>

O Congresso dos EUA, conforme descrito por Epstein, Nickles e White, observou que um devedor com um direito exclusivo por tempo indeterminado para apresentar um plano poderia atrasar a apresentação do mesmo até que os credores, confrontados com o custo crescente do atraso contínuo, concordassem com um plano desfavorável. Ao limitar o período de 120 dias, a seção 1.121 teve a intenção de colocar certa pressão sobre o devedor ao mesmo

<sup>349</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

<sup>350</sup> Ibid., p 20.

<sup>351</sup> EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 812.

<sup>352</sup> Ibid., p. 6.

tempo em que reconheceu a necessidade de ele permanecer no controle do processo de reorganização. O Congresso também reconheceu o interesse do credor em acelerar o processo de falência. A rotina de concessão de prorrogações do prazo de exclusividade pode destruir o equilíbrio que o Congresso intencionava; alguns credores diriam que tais extensões destruíram esse equilíbrio.<sup>353</sup>

Acrescenta-se que uma leitura restrita da seção 1.121 ficou sob questionamento em *In re United Press International, Inc., and In re Ravenna Industries, Inc.* Na *United Press International*, o juízo de falências rotulou como “anômalo” (“*anomalous*”) um resultado que causou ao devedor a perda do direito de exclusividade, embora tenha havido razão para tal. O juízo observou que seria impossível para o devedor tentar obter aceitação de um plano em um período de 180 dias quando nenhum plano havia sido apresentado ainda. Restou decidido que o período de 120 dias e o período de 180 dias eram, na verdade, separados, e a menos que o primeiro ato aconteça (*the filing of the plan*), o segundo ato (*solicitation of acceptances*) e o seu período de tempo não entram em vigor.<sup>354</sup>

Embora seja muito cedo para ter certeza, os casos agora podem estar se tornando em favor dos credores, na observação de Epstein, Nickles e White. Particularmente, desde a decisão do Tribunal de Apelações em *In re Timbers of Inwood Forest (Court of Appeals for the Fifth Circuit in In re Timbers of Inwood Forest)*, uma série de tribunais negou extensões com base na dicta do Tribunal. Neste caso, o Fifth Circuit pediu aos juízos de falência para "evitar reinstituir o desequilíbrio entre devedor e credores que caracterizou o processo sob o antigo Chapter XI." A dicta já apareceu em um número de casos, e se acredita e se espera que ela mostre um ceticismo novo em relação aos juízos falimentares tanto sobre os efeitos benéficos da concessão de períodos de exclusividade adicionais, quanto sobre a autoridade do Tribunal para fazer isso. Além disso, se é verdade, pois se acredita, que a maioria dos devedores corporativos estejam inviáveis no dia em que entram com um pedido baseado no Chapter 11, “and will emerge from bankruptcy in a pine box rather than a limousine”, melhor apressar a morte do que torná-la um processo caro e uma perda de tempo. Assim, aplaude-se os tribunais que seguem a dicta de *Timbers of Inwood Forest* e estão começando a lançar um olhar cético sobre pedidos de prorrogação.<sup>355</sup>

---

<sup>353</sup> EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 813.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 815.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 818.

O princípio da preservação e efetividade dos créditos é peculiar no que se refere à sua concretização, porquanto poderá ocorrer por meio da concessão do pedido e posterior execução do plano, ou, então, por meio da realização dos ativos no processo de falência. Entretanto, sua concretização está condicionada à manutenção da efetividade dos direitos dos credores no que se refere à preservação dos ativos do devedor. Em outras palavras, os ativos do devedor constituem-se na possibilidade fática de os créditos serem adimplidos.

Sempre que a lei ou uma decisão judicial autorizar o devedor a fazer uso de seus ativos como uma tentativa de manter a empresa, a eficácia do princípio da preservação e efetividade dos créditos será restringida. Quando a autorização é fornecida antes de o plano ser aprovado, ou em desconformidade com este, mais intensa será aquela restrição. O que significa dizer que os argumentos fático-jurídicos também deverão ser mais contundentes e fundamentados, porque há uma correlação entre restrição e argumentação. O ônus argumentativo, em última análise, compete ao Estado.

Ao alerta de Couto e Silva acerca de o tratamento objetivo dispensado à “empresa em si” levar “consigo o perigo de reduzir a nada o direito dos acionistas, proprietários da empresa”, ao ponto de se “admitir que a sociedade tem fins próprios absolutamente diversos dos de seus acionistas”,<sup>356</sup> deve ser dada atenção, pois o mesmo aplica-se à recuperação judicial. A variante está no perigo de se reduzir a nada o direito dos credores, proprietários dos créditos devidos pelo devedor, que, indiretamente, se beneficiará do tratamento vantajoso que lhe será dispensado em nome da “empresa em si”, por força do princípio da preservação da atividade empresarial.<sup>357</sup>

Itera-se que para muitos retomar os pagamentos em favor dos credores ainda permanece como o objetivo central do direito concursal. Desta compreensão, compartilha Borgarello:

[...] en principio eliminar el estado de cesación de pagos sería el objetivo del derecho concursal. La eliminación de la crisis patrimonial sería entonces el objetivo último del derecho concursal y es deber del mismo propender a lograr este norte por la

---

<sup>356</sup> COUTO E SILVA, 1986, p. 24.

<sup>357</sup> Cf. Wald e Waisberg: “[A preservação da empresa] não implica, como também não implicava anteriormente, privar o credor de seu direito de cobrança. Ele é apenas redirecionado a exigir seu direito de maneira menos onerosa à coletividade.” (WALD; WAISBERG, 2009, p. 318).

significación económica social que conlleva esta crisis manteniendo los valores de justicia, orden, equidad, seguridad y bien común.<sup>358</sup>

O princípio da preservação e efetividade dos créditos também subjaz às pesquisas realizadas por Claessens e Klapper, as quais sinalizam que os sistemas de insolvência com maior efetividade dos direitos dos credores, combinado com bons sistemas judiciários, encorajam as partes a transacionarem, e indicam que direitos de credores mais efetivos são mais necessários em países com um sistema judiciário fraco, como uma forma de compensação.<sup>359</sup>

O TJSP, em um julgado paradigmático, pode-se dizer, no que tange ao princípio da preservação e efetividade dos créditos na recuperação judicial, declarou, de ofício, a nulidade da decisão que havia aprovado, em sede de assembleia-geral de credores, um plano de recuperação que estabelecia o prazo de 18 anos para a realização dos pagamentos, sem a incidência dos juros, e que, tampouco, especificava as quantias a serem adimplidas a cada ano, uma vez que a falta de discriminação dos valores de cada parcela a ser paga “impede a aferição do cumprimento do plano e sua execução específica, haja vista a falta de liquidez e certeza do ‘quantum’”. A Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal Estadual entendeu que as obrigações, como descritas no plano, ofendiam “os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da ‘pars conditio creditorum’ e normas de ordem pública”.<sup>360</sup>

O TJSP, no mesmo julgado, também reconheceu a “ilegalidade da cláusula que estabelece o pagamento dos credores quirografários e com garantia real após o decurso do prazo bienal da supervisão judicial (art. 61, 'caput', da Lei nº 11.101/2005)”. Ao devedor foi concedido o prazo de 30 dias para a apresentação de um novo plano, “a ser submetido à assembleia-geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência”.<sup>361</sup>

<sup>358</sup> BORGARELLO, Luisa Isabel. ¿Es la conservación de la empresa el objetivo fundamental del derecho concursal? In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 4. 2008, Montevideo. *Crisis de la economía mundial e concursalidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 32.

<sup>359</sup> CLAESSENS, Stijn; KLAPPER, Leora F. Bankruptcy around the world: explanations of its relative use. *American Law and Economics Review*, Oxford, v. 7, n. 1, 2005, p. 279. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/Bankruptcy.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2010.

<sup>360</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. AI 0136362-29.2011.8.26.0000. Relator: Des. Pereira Calças. Julgamento em 28 fev. 2012.

<sup>361</sup> Ibid.



As conexões entre o princípio da preservação e efetividade dos créditos e o princípio da preservação da empresa são norteadores de diversas decisões do STJ. O Tribunal, por exemplo, entende que a execução se processa no interesse do credor, contudo, o processo deve dar-se da forma menos gravosa para o executado (art. 620 do CPC), razões pelas quais a ordem estabelecida “para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade de satisfazer o crédito e à forma menos onerosa para o devedor”.<sup>362</sup>

O STJ, posto que admita a penhora sobre o faturamento obtido pelo devedor com o exercício da atividade empresarial, o faz em caráter excepcional, pois “não se pode olvidar que a constrição judicial sobre o faturamento da empresa pode inviabilizá-la, frustrando a excussão da dívida, uma vez que a possibilidade da devedora enfrentar seus débitos será dificultada pela medida constritiva que poderá comprometer sua estabilidade financeira”. A Cumpre, ainda, assinalar que a Corte, embora ressalte que “ao Estado-juiz não é permitido, em hipótese alguma, ser conivente com a conduta de inadimplentes”, devendo agir com prudência “em nome do princípio da preservação da empresa”,<sup>363</sup> parece sempre sinalizar que um cuidado especial, com traços de caridade, deve ser destinado ao devedor.<sup>364</sup>

O TJRS reconheceu o direito do credor de propor diretamente a ação falimentar, uma vez preenchidos os requisitos da legislação, em detrimento da execução individual ou ação de cobrança, uma vez que é “faculdade do credor optar entre a execução coletiva (falimentar) ou demanda individual, aquela que melhor atende a satisfação de seu crédito”, e deixou de acolher o princípio da preservação da empresa, sobretudo, no caso, porque: (i) não houve o

---

<sup>362</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 196.058. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 21 mar. 2005. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 618.571. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 19 dez. 2006.

<sup>363</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 678.102. Relatora: Min. Franciulli Netto. *DJ* 25 abr. 2005. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 268.286. Relator: Min. Franciulli Netto. *DJ* 11 abr. 2005. Do TJRS: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cív. AI 70035160977. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. *DJ* 28 jun. 2010. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câmara Cív. AI 70021757711. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. *DJ* 10 jan. 2008. As decisões judiciais, embora seja recomendado, não fazem a análise dos elementos do caso concreto, como, por exemplo: segmento de atuação; rentabilidade do negócio; resultados líquidos apurado nos últimos anos etc. Tal ausência de referência aos elementos fáticos revela o alto grau de abstração com que se aplica o princípio da preservação da empresa para restringir a eficácia dos direitos dos credores.

<sup>364</sup> Cf. Baptista da Silva: “Tanto na forma quanto na substância, o procedimento civil torna-se permeado de sentimento cristão. [...] No que respeita ao sentido e ao critério a ser seguido na realização da justiça, o novo ordenamento processual, iluminado por esses valores e inspirado na benevolência e compaixão cristãs, proscree todas as formas e instrumentos infamantes e que possam constranger o devedor.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 100).

depósito elisivo; (b) inexistiam tratativas entre as partes; e (iii) não haviam sido indicados os eventuais fatos pendentes de provas.<sup>365</sup>

Com relação à impossibilidade de os credores satisfazerem seus créditos e a majoração dos riscos em face do transcurso do tempo, atenta-se à decisão proferida pelo STJ no julgamento do AgRg no CC 110.250, quando a Corte assentou que a recuperação judicial “tem como fim primordial garantir os direitos e interesses da coletividade de credores”. *In verbis*:

Além disso, considerando que a controvérsia em questão envolve crédito trabalhista, o plano de recuperação haveria de respeitar o prazo de 12 meses do art. 54 da Lei nº 11.101/05.

Conclui-se, portanto, que há mais de um ano os credores se vêem impossibilitados de satisfazer seus créditos frente às suscitantes, enquanto estas se mantêm em pleno funcionamento, quiçá aumentando seu passivo e tornando, a cada dia, mais improvável o saldo de suas dívidas.<sup>366</sup>

Algumas das Súmulas editadas pelos Tribunais conferem determinabilidade ao princípio da preservação e efetividade dos créditos. *Verbi gratia*, do STF: Súmula 495: “A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumida ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro.”;<sup>367</sup> Do STJ: Súmula 29: “No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado.”;<sup>368</sup> Súmula 248: “Comprovada a prestação dos serviços, a duplicata não aceita, mas protestada, é título hábil para instruir pedido de falência.”<sup>369</sup> Restringindo a eficácia do princípio, a primeira súmula do TJRS: “Nos casos de elisão de falência pelo depósito da quantia devida com a finalidade de efetuar o pagamento, descabem a condenação em honorários advocatícios do devedor, bem como a atualização do débito mediante correção monetária na forma da Lei nº 6899/81.”<sup>370</sup>

---

<sup>365</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AI 70024108581. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. *DJ* 22 jul. 2008.

<sup>366</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andriighi. *DJe* 16 set. 2010.

<sup>367</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Súmulas*. 2. ed. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas, 2010, p. 44.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 127.

O legislador fixou diversas regras na Lei n. 11.101, de 2005, que promovem a eficácia do princípio da preservação e efetividade dos créditos. De forma exemplificativa:

a) Ao declarar inexigíveis “as obrigações a título gratuito” (art. 5º, I, LFRE), e “as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial” (art. 5º, II, LFRE), a lei contribui para a manutenção da efetividade dos créditos contra o devedor. Assim também ao estabelecer que a remuneração do administrador não poderá ser fixada em valor superior a “5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial” (art. 24, §1º, LFRE). Neste caso, o legislador confiou ao poder discricionário do juiz a definição do que será razoável no caso concreto.

b) O art. 6º, §3º, da LFRE, estabelece a possibilidade de o juiz determinar a reserva de valores que estimar devida, mesmo enquanto a quantia for ilíquida, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria. Com o mesmo escopo, o art. 10, §6º, da LFRE, prevê a possibilidade do titular de crédito não habilitado requerer a retificação do quadro-geral de credores homologado, para a inclusão de seu crédito. E o art. 16, da LFRE, assegura que o “juiz determinará, para fins de rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado.”

c) A suspensão das ações e execuções, segundo a lei, “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias” (art. 6º, §4º, LFRE). Quanto maior o prazo, maior a restrição ao princípio em tela.

d) Na hipótese de ter sido ajuizada ação contestando algum crédito, o pagamento para o seu titular somente é possível “mediante a prestação de caução no mesmo valor do crédito questionado”, *ut* art. 19, §2º, da LFRE. Assim como, para a venda de bem objeto de garantia real é necessária a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia (art. 50, §1º, LFRE). Ainda, o princípio justifica a proibição de o devedor alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo os indicados no plano de recuperação (art. 66, LFRE).

e) O art. 49, §2º, da LFRE, assegura a preservação dos direitos dos credores do devedor contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Ainda, a variação cambial

está fixada como parâmetro de indexação nos créditos em moeda estrangeira (art. 50, §1º, LFRE).

f) No caso de convalidação do processo de recuperação judicial em falência, após o juiz ter concedido o pedido sob condição resolutiva (art. 58, LFRE), os credores terão os seus direitos reconstituídos nas condições originais (art. 61, §2º, LFRE). Após transcorrido o período de 2 anos da concessão, o credor poderá promover ação de execução ou requerer a falência em caso de inadimplemento das obrigações contidas no plano (art. 62, LFRE), quando então, em favor da segurança jurídica e dos demais princípios, a eficácia dos direitos dos credores estabilizar-se-á sobre novas bases.

g) O art. 124, parágrafo único, da LFRE autoriza a cobrança de juros vinculados às debêntures e aos créditos com garantia real, até o limite do produto dos bens que constituem a garantia.<sup>371</sup>

Anota-se que o princípio da preservação e efetividade dos créditos, em determinadas situações, mantém a sua eficácia independente de qualquer efeito decorrente do processo de recuperação judicial. Mais ainda, o não adimplemento destes créditos – imunes à recuperação – tem o condão de fazer com que a recuperação, mesmo após ter sido concedida, seja convertida em falência. Nestas situações, percebe-se que o princípio da preservação da empresa tem a sua eficácia de defesa completamente ignorada. *Verbi gratia*:

a) O art. 73, parágrafo único, da LFRE, prevê que caso a obrigação não sujeita à recuperação não for adimplida, o juiz poderá decretar a falência do devedor.

b) O art. 57, da LFRE, exige a apresentação pelo devedor das certidões negativas de débitos tributários após a aprovação do plano.

De modo sintetizado: o princípio da preservação e efetividade do crédito legitima os credores a exigirem o adimplemento das obrigações conforme pactuadas, no entanto, encontra resistência no princípio da preservação da empresa, o qual, por sua vez, não tem o condão de

---

<sup>371</sup> O art. 83, VII, da LFRE, autoriza a cobrança das multas administrativas e tributárias, o que, nos termos do art. 23, parágrafo único, III, do DL 7.661, de 1945, era vedado. Resta, assim, sem efeito a Súmula n. 192 do STF, segundo a qual: “Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa.”

obstruir a eficácia daquele *in totum*. A pretensão só deixa de ser exigível quando o devedor comprova um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor.<sup>372</sup> Ou seja, fato jurídico inerente ao próprio conteúdo e à forma da obrigação, jamais em face de um fato relacionado à manutenção geral e abstrata da empresa, objeto de tutela jurídica e não sujeito de direito.

### 1.2.2.3 Princípio da igualdade entre os credores

No princípio da igualdade está a base para a formação da economia pela atuação do cidadão dentro da esfera privada.<sup>373</sup> A própria ordenação das normas jurídicas advém “do princípio da igualdade, da tendência generalizadora da justiça e da segurança jurídica”.<sup>374</sup> A relativização da igualdade vincula-se a critérios, circunstâncias, e objetivos que lhe dão origem e contorno.

A igualdade pressupõe que duas coisas, situações ou pessoas, no mínimo, mantêm relação entre si, suficiente para permitir uma comparação entre elas. Dizer que o sujeito ‘X’ é igual ao ‘Y’ significa dizer que ambos se enquadram em determinado critério ou fator de discriminação. Verificado que um dos dois sujeitos não o preenche adequadamente, forçoso concluir-se que os mesmos são desiguais. Assim, na recuperação judicial, pode-se exemplificar, o credor iguala-se a outro em face de sua posição jurídica nas relações obrigacionais com o devedor, e desiguala-se em face da natureza de seu crédito.

Os credores do devedor exercem seus direitos, em uma esfera maior, de modo coletivo, e, em face da natureza de seus créditos, recebem tratamento igualitário dentro de suas respectivas classes. O princípio da igualdade exige que o adimplemento dos créditos seja realizado de forma uniformizada, proporcional segundo o crédito e a classe, dentro do concurso de credores (*par conditio creditorum*). Garrigues percebeu que a igualdade colocasse, dentro de um processo coletivo tipo o de recuperação judicial, como norma jurídica imprescindível para as exigências de cunho sociais do direito, harmonizadoras da justiça, *ex professo*:

---

<sup>372</sup> Cf. o art. 333, II, do CPC.

<sup>373</sup> Cf. Ashton: “A formação (*Gestaltung*) da economia pela atuação do cidadão individual, dentro da esfera autônoma e privada baseia-se no princípio da igualdade.” (ASHTON, 2006b, p. 172).

<sup>374</sup> ÁVILA, 2004, p. 33.

Una exigencia de justicia, que armoniza perfectamente con la naturaleza social del derecho, impone en los casos de quiebra económica una organización de defensa de los acreedores como colectividad. Al estímulo individual y egoísta de la ejecución aislada, que premia al que llega primero, se opone entonces un principio de equidad: el principio de que el régimen del azar o del favor debe ser substituido por el de la comunidad de pérdidas y el tratamiento igual para todos los acreedores, cuando el patrimonio del deudor no basta a satisfacerlos íntegramente.<sup>375</sup>

A igualdade na recuperação é a certeza de que nenhum credor e nenhuma classe de credores serão escolhidos pelo devedor ou pelo Estado para suportar, por meio da restrição de seus direitos (propriedade e liberdade) qualquer ônus em favor da recuperação do devedor, da preservação da empresa ou dos demais credores, além das restrições já estabelecidas pelo legislador em consonância com a Constituição.

O princípio da igualdade entre os credores, na lei e perante a lei, restou evidenciado na recuperação judicial quando do julgamento do RMS 30686 pelo STJ. Na ocasião, o Ministro Massami Uyeda, na qualidade de relator, registrou que a “Lei n. 11.101/2005 (artigos 45 c.c 41), para efeito de aprovação do Plano, distingue os credores por classes, a considerar a natureza de seus créditos. Portanto, é justamente por meio do quórum qualificado da Lei que os credores, a considerar a natureza de seus créditos, detêm maior ou menor influência na aprovação do Plano”, de modo que a “natureza do crédito, seja ele privilegiado ou não, não confere ao seu titular a prerrogativa de obter um plano que contemple individualmente seus créditos,” até porque o plano de reorganização deve “para seu êxito, contemplar, conjuntamente, todos os débitos da recuperanda”. Destarte, o não adimplemento das obrigações constantes no plano tem como consequência a legitimação do credor para pedir a falência, mas não para exigir do devedor um plano específico para satisfazer os seus créditos.<sup>376</sup>

As discriminações realizadas pelos Tribunais, no que tange à classificação dos créditos em concurso de credores, constituíram-se em objeto de Súmulas. Cabe citar, do STJ: Súmula 219: “Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam de privilégio próprios dos trabalhistas.”;<sup>377</sup> Súmula 307: “A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito.”

<sup>375</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Temis, 1987, v. 5, p. 6.

<sup>376</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 20 out. 2010.

<sup>377</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2010, p. 87.

<sup>378</sup> Do TJRS: Súmula 20: “Em processo de falência o pagamento dos créditos trabalhistas tem prioridade sobre a devolução de valor adiantado ao falido à conta de contrato de câmbio.”<sup>379</sup>

O TJRS, ao julgar o AI 70027169002, indeferiu a pretensão do credor, no caso uma instituição financeira, de fazer com que o crédito recebido pelo seu devedor, em recuperação judicial, fosse depositado em uma de suas agências, porquanto a retenção do valor importaria em “violação ao princípio da *par conditio creditorum*”.<sup>380</sup>

Diversos são os artigos da Lei n. 11.101, de 2005, que visam conferir eficácia ao princípio da igualdade entre os credores. A título exemplificativo:

a) O art. 39, da LFRE, assegura a todos os credores relacionados no quadro-geral o direito de voto na assembleia-geral. E o art. 38, da LFRE, assegura que o “voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito”, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial.

b) A lei exige que todas as classes de credores aprovem o plano de recuperação judicial (art. 45, LFRE). E o art. 44, da LFRE, estatui que na “escolha dos representantes de cada classe no Comitê de Credores, somente os respectivos membros poderão votar”.

c) A qualquer credor é conferido o direito de apresentar objeção ao plano (art. 55, LFRE).

d) O art. 56, §3º, da LFRE, proíbe a “diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes” na assembleia-geral que alterar o plano.

e) A concessão da recuperação pelo juiz, quando se tratar da hipótese prevista no art. 58, §1º, da LFRE, está condicionada à ausência de tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, conforme estabelecido no art. 58, §2º, da LFRE.

---

<sup>378</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2010, p. 92.

<sup>379</sup> Ibid., p. 129.

<sup>380</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AI 70027169002. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. *DJ* 13 mar. 2009.

f) O plano de recuperação vincula e obriga “todos os credores a ele sujeitos” (art. 59, LFRE). Assim como, qualquer credor pode ingressar com agravo contra a decisão que conceder a recuperação judicial (art. 59, §2º, LFRE).

g) O art. 73, IV, da LFRE, determina ao juiz que decrete a falência “durante o processo de recuperação judicial” se qualquer credor não tiver o seu direito satisfeito, quando constante no plano.

No que tange à eficácia do princípio da igualdade entre os credores, deve-se sublinhar a sua dupla efetividade: (i) proteger os credores e as classes de credores contra arbitrariedades por parte do devedor ou do Estado; (ii) assegurar que não será concedido nenhum privilégio a alguns credores ou classes em prejuízo dos demais. Destarte, restará restringida a eficácia do princípio sempre que os credores expostos ao mesmo risco forem discriminados, de forma que se dê a um ou alguns deles oportunidade maior de satisfazer os seus interesses do que aquela já determinada pela lei. Nesta senda, também restará restringida, de modo ilegal, a eficácia do princípio da preservação e efetividade dos créditos.

Em síntese: o princípio da igualdade na recuperação judicial determina que todos os credores (a) recebam o mesmo tratamento, de acordo com a natureza de seus créditos; (b) tenham condições de preservar e exigir os seus créditos em igualdade de condições formais e materiais com seus pares; (c) somente se submeterão à qualquer discriminação quando houver previsão legal, justificada pelo ordenamento jurídico, logo, não dirigida à concessão de privilégios odiosos.<sup>381</sup>

### **1.2.3 Princípio da eficiência econômico-jurídica**

O princípio da eficiência econômico-jurídica encontra-se positivado, a exemplo dos demais princípios constitutivos, no art. 47 da Lei n. 11.101, de 2005, e pode ser formulado nos seguintes termos: o processo de recuperação judicial deve proporcionar ao devedor e aos credores encontrar os meios jurídicos que com maior eficiência possam viabilizar a

---

<sup>381</sup> Cf. Torres: “Sendo odioso o privilégio tributário a que falte razoabilidade, segue-se que a sua extensão é a mesma do privilégio legítimo, sendo a diferença de fundamento.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 293).



recuperação do devedor e a satisfação dos interesses dos credores, promovendo, assim, a atividade econômica.

### *1.2.3.1 Princípio da maximização dos ativos*

O princípio da maximização dos ativos deve ser compreendido de modo abrangente, pois contempla tanto os ativos do devedor, quanto os ativos dos credores. Os primeiros – imprescindíveis ou não para o exercício da empresa; com ou sem gravames – deveriam, *in thesi*, garantir a satisfação efetiva dos segundos.

Todos os ativos constituem-se, no caso da recuperação, em bens econômicos – úteis e escassos – e bens jurídicos (posições) protegidos, em última análise, pelo direito de propriedade, e, de algum modo, estão direcionados para a obtenção de lucro. O STJ, no julgamento do AgRg no REsp 1016213, ratificou o entendimento de que a comercialização de medicamentos por sociedade cooperativa de médicos não importa em concorrência desleal quando se dá sem escopo de lucro, e busca atender os seus associados.<sup>382</sup> O que revela que para a Corte, a busca pelo lucro e a presença plena no mercado são elementos caracterizadores de sociedades empresárias sujeitas à livre concorrência.

A satisfação do crédito dar-se-ia, como ordinariamente ocorre, com a expropriação dos bens do devedor. Todavia, o processo de recuperação judicial foi estruturado para se encontrar alternativas que possibilitem ao devedor adimplir os débitos, mantendo a posse, ou até a propriedade, dos ativos necessários, ou mesmo úteis, para o exercício da empresa. Visualizar, deliberar e acordar acerca das alternativas juridicamente proporcionais e economicamente eficientes é o desafio que o princípio da maximização dos ativos lança para o devedor e para a coletividade dos credores.

O Parecer da CAE enfatiza a maximização dos ativos do devedor, e ignora que qualquer ato relativo a eles reflete nos ativos dos credores (recebíveis), os quais, por certo, também devem ser maximizados. No Parecer consta:

---

<sup>382</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. AgRg no REsp 1016213. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe* 05 ago. 2009.

10) Maximização do valor dos ativos do falido: a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedade e empresários insolventes, que têm com isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.<sup>383</sup>

A preservação da empresa, como entidade produtora e fornecedora de mercadorias e serviços ao mercado consumidor, deve ser “conveniente ao mercado”, o que “só se justifica se fatores ponderáveis recomendarem, como por exemplo, se a empresa for a única fabricante de produtos que, no caso de sua falência, iriam sobrecarregar a pauta de nossas importações.”<sup>384</sup> A preservação não deve ocorrer a qualquer custo.<sup>385</sup> Dessarte, correta a posição de Ulhoa Coelho:

Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.<sup>386</sup>

Assim como, a de Altemani e de Silva:

[...] em nome da própria função social das empresas amiúde será necessário proceder à imediata liquidação do devedor, sob pena de majoração dos prejuízos suportados por toda a sociedade em razão do inadimplemento, pois a ênfase do legislador está na recuperação da atividade produtiva, objetivo substancialmente diverso da perpetuação do devedor ineficiente.<sup>387</sup>

Na medida da escassez dos bens e dos interesses sobre eles, maior será a necessidade de normas para o equilíbrio de tais interesses.<sup>388</sup> Assim, o caráter econômico do bem não provém de sua utilidade, mas sim de sua escassez.<sup>389</sup> E não obstante o crédito apresentar a característica de um bem coletivo, se analisados os efeitos decorrentes de sua concessão para a sociedade como um todo, ele é primariamente um bem exclusivo. O que significa dizer que, quando um crédito é concedido a um empresário para fomentar ou recuperar a sua atividade

<sup>383</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2010,

<sup>384</sup> ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005, p. 104.

<sup>385</sup> Em sentido contrário, Bezerra Filho: “[apenas quando for] a crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada”. (BEZERRA FILHO, 2009, p. 123).

<sup>386</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei n. de Falências e de recuperação de empresas: Lei n. n. 11.101, de 9-2-2005*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117.

<sup>387</sup> ALTEMANI; SILVA, 2006, p. 35.

<sup>388</sup> NUSDEO, 2008, p. 29.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 35.

empresarial, é certo que o limite de crédito disponível para o mercado como um todo é reduzido.

Adequado, ainda aqui, sublinhar que eficiência não significa injustiça social, até porque o desenvolvimento social ocorrerá à medida que os recursos forem eficientemente alocados, constituindo um círculo virtuoso. Definir critérios de eficiência é uma preocupação tradicional para a economia política do bem-estar social (*welfare economics*). Ao passo que a microeconomia trabalha com o comportamento de agentes econômicos individuais e dos mercados, a tarefa da economia política do bem-estar social é desenvolver critérios para avaliar medidas de políticas econômicas e sistemas regulatórios econômicos. A economia política do bem-estar social tenta explicar como certas medidas políticas econômicas ou sistemas regulatórios econômicos influenciam no desenvolvimento econômico de um país (elemento normativo); e avaliar um padrão social, ou seja, descobrir se os efeitos impulsionados por uma ação particular serviram para aumentar ou diminuir a prosperidade, o bem-estar (elemento positivo).<sup>390</sup>

De acordo com Rachel Sztajn, no que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério proposto por Vilfredo Pareto é o mais usual.<sup>391</sup> Segundo este critério, a alocação de recursos é “Pareto ótimo” quando estão distribuídos de tal forma que qualquer movimento em tal alocação prejudicaria pelo menos uma pessoa. A mudança quanto à alocação de recursos é “Pareto superior” se o bem-estar de pelo menos uma pessoa é melhorado sem que o de nenhuma outra tenha sido prejudicado.<sup>392</sup> A eficiência do resultado é percebida na medida em que alguns se beneficiam e ninguém sofre qualquer prejuízo. O critério de Pareto, no entanto, é criticado por não induzir as pessoas a revelarem as suas preferências qualitativas.<sup>393</sup>

Outro conceito de eficiência foi proposto por Nicholas Kaldor e John Hicks. Para o critério Kaldor-Hicks, não raro também conhecido como maximização de bem-estar, os

---

<sup>390</sup> MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*. Lucerne: Springer, 2009, p. 31.

<sup>391</sup> SZTAJN, 2005, p. 75.

<sup>392</sup> Cf. Harrison: “A resource allocation is Pareto optimal if any movement from that allocation would make at least one person worse off. A change from one resources allocation to another is Pareto superior if it means at least one person is better off and no one is made worse off.” (HARRISON, Jeffrey L. *Law and economics in a nutshell*. 4. ed. [s.l.]: Thomson/West, 2007, p. 33).

<sup>393</sup> SZTAJN, op. cit., p. 76.

indivíduos beneficiados pela política ou mudança teriam de ser suficientemente para compensar aqueles que foram prejudicados. Tal compensação é potencial, e não factual.<sup>394</sup>

Richard Posner, por sua vez, propôs a aproximação entre os critérios de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks, argumentando que o direito deve assegurar aos que sofrem perdas nas relações sociais uma garantia *ex ante* de compensação.<sup>395</sup> Posner pretendeu oferecer uma teoria moral que fosse além do utilitarismo clássico, para a qual os atos e as instituições são justos ou bons se eles maximizam a riqueza da sociedade. A abordagem, segundo Posner, permitiria uma reconciliação entre utilidade, liberdade, igualdade e mesmo a igualdade como princípios éticos competitivos.<sup>396</sup>

A busca de eficiência também foi objeto dos estudos de Ronald Coase, o qual ressaltou que numa sociedade hipotética, sem custos de transação, os agentes negociarão os direitos independentemente de sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente, sem que houvesse influência das instituições no desempenho econômico. Porém, na realidade, os custos de transação são positivos, e as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos.<sup>397</sup> Em outras palavras, os custos indiretos (externalidades) das transações seriam corrigidos e internalizados pelas partes, desde que, para tanto, os custos de transação sejam baixos e os direitos de propriedade claros e garantidos. Há custos ocultos nas decisões judiciais que se revelam e se propagam quando de suas execuções.

Ricardo Lorenzetti assinala que podem ser considerados como custos de transação, por exemplo: o de tomar a iniciativa de negociar com o outro; o de identificar todas as partes envolvidas na transação; o de comunicar-se com elas e convencê-las a realizar ofertas; o de alcançar um acordo resultante da negociação; o de obtenção de informações sobre preços e

---

<sup>394</sup> Cf. Harrison: “For something to be Kaldor-Hicks efficient, those individuals made better off by the policy or change would have to be made sufficiently better off that they could compensate those Who are made worse off.” HARRISON, 2007, p. 36.

<sup>395</sup> Ibid., p. 38.

<sup>396</sup> POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Harvard: Harvard University, 1983, p. 115.

<sup>397</sup> SZTAJN, Rachel. ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 2-3.

qualidade; os relacionados aos aspectos legais; e aqueles relacionados ao comportamento dos contratantes.<sup>398</sup> E, acertadamente, enfatiza a relação entre o Direito Privado e os altos custos:

Las partes pueden encontrar dificultades para resolver estos problemas o podrán hacerlo a muy alto costo.

El Derecho Privado tiene una relación muy estrecha con este concepto, y se relaciona con el nivel de intervención admisible en el funcionamiento del mercado a fin de despejar o no esos costos de transacción.<sup>399</sup>

Segundo Francisco Cabrillo e Ben Depoorter, três são os principais custos presentes no processo de falência do devedor, e, indiretamente, na extinção da empresa: (i) o valor do custo social específico do capital ativo, tanto capital físico como humano, que é reduzido quando uma nova alocação dos recursos produtivos é realizada; (ii) o valor referente aos recursos produtivos da firma quando deixam de ser utilizados adequadamente durante os procedimentos legais; e (iii) os custos judiciais que envolvem o procedimento legal.<sup>400</sup>

Contudo, cabe sublinhar que os custos se medem a partir do fim, isto é, quanto custará ir até o fim? No caso da recuperação, o fim será dado pela sentença que decreta o encerramento da recuperação judicial ou pela decisão que decreta a falência. O risco de o devedor ter a sua falência decretada, inclusive por razões alheias à vontade dos credores, parece ser, via de regra, superior à possibilidade de o plano ser cumprido com 100% de êxito (art. 73, IV, LFRE).

O princípio da maximização dos ativos demanda a consideração de alguns fatores inerentes à atividade empresarial, tais como: a) quanto à concessão de crédito: quanto maior o risco de não recebimento, maior serão as dificuldades na captação de novos recursos no mercado;<sup>401</sup> b) o risco operacional, vinculado aos controles administrativos, políticas e ao modelo de gestão do devedor; c) o risco legal, constituído na imprevisibilidade das interpretações e decisões judiciais; d) o risco fora do balanço, que está relacionado a obrigações não lançadas em balanço, embora possam vir a gerar passivos significativos;<sup>402</sup> e)

<sup>398</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 234.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>400</sup> CABRILLO, Francisco; DEPOORTER, Ben. apud BARICHELLO, Stefania Eugenia. A importância da análise econômica na nova lei de recuperação de empresas e falência. In: JAVIER BATELLO, Silvio (Org.). *Principais controvérsias na nova Lei de Falência*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 47.

<sup>401</sup> TURCZYN, 2005, p. 67.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 72.

o risco moral (*moral hazard*), que consiste na tendência de os agentes de se arriscarem quanto maior for o aparato de proteção colocado à sua disposição, o que aumenta a probabilidade de ocorrer o evento contra o qual o agente se sente seguro ou protegido.<sup>403</sup>

A maximização dos ativos é complexa, pois a natureza da relação custo-benefício é sempre econômica,<sup>404</sup> todavia, não se deve olvidar os valores e princípios jurídicos. A interpretação econômica do direito consiste, em último termo, no “confronto dos custos e dos benefícios das soluções jurídicas, quer no plano normativo da criação do direito, quer no plano da sua aplicação”.<sup>405</sup> Conduzida ao limite, implicaria em “uma radical funcionalização do direito, despojando-o de valores ético-sociais.”<sup>406</sup> Situação inconcebível, mesmo em se tratando de um instituto de natureza econômico-judicial, porque para o Direito os fins não justificam, *per se*, os meios.

Ante o exposto, pode-se colocar como linhas gerais do princípio da maximização dos ativos:<sup>407</sup> em se tratando de devedor economicamente viável, deve-se encontrar a capacidade de endividamento presente e futura, a fim de o plano contemplar os anseios dos credores dentro de uma zona relativamente segura, mas sem exageros diante das circunstâncias, porquanto, do contrário, estar-se-ia reduzindo sem necessidade o valor econômico dos bens jurídicos. Em se tratando de devedor economicamente inviável, o melhor resultado será obtido com a liquidação de seus ativos,<sup>408</sup> neste caso, quanto mais rápido os ativos forem liquidados e as obrigações adimplidas, maior será a eficácia do princípio da maximização dos ativos. Os estados de viabilidade ou inviabilidade deveriam ser demonstrados em conformidade com padrões objetivos pré-estabelecidos,<sup>409</sup> dentro dos quais a análise se daria com base na situação fática concreta.

---

<sup>403</sup> TURCZYN, 2005, p. 74.

<sup>404</sup> NUSDEO, 2008, p. 94.

<sup>405</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 123.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>407</sup> Cf. Borgarello: “el objetivo final del derecho concursal es la eliminación de la insolvencia para lograr el “bien común” traducido en la conservación de la empresa viable y valiosa para los intereses económicos sociales, aún separada del empresario y en manos de un “tercero”. Caso contrario el bien común se traduce en la eliminación del disvalor de la cesación de pagos a través de la liquidación de la empresa intentando conciliar los intereses plurisubjetivos involucrados con el menor perjuicio para las partes.” (BORGARELLO, 2008, p. 29).

<sup>408</sup> Cf. Montenegro: “Desde la economía suele señalarse que cuando una empresa económicamente inviable se presenta a concurso, el mejor resultado es que sus activos sean liquidados.” (MONTENEGRO, 2008, p. 225).

<sup>409</sup> Cf. Montenegro: “Esta opción, no puede resolverse mediante el establecimiento de un criterio rígido de selección en el momento de la apertura del procedimiento, sino que, requiere de la confección de un standard de empresa conservable que contenga unas condiciones mínimas inderogables y objetivas para que el sistema pueda obrar con unas ciertas garantías de seguridad y generalidad.” (MONTENEGRO, 2008, p. 227).

Dos artigos da Lei n. 11.101, de 2005, é que se extraem as manifestações objetivas da eficácia do princípio da maximização dos ativos na recuperação judicial. Como exemplo, cita-se:

a) O art. 21, da LFRE, estabelece que o administrador judicial deve ser profissional idôneo, “preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.”

b) O legislador propôs um rol, *numerus apertus*, contendo 16 (dezesesseis) meios para a recuperação do devedor (art. 50, LFRE), a fim de estimular o devedor e os credores a realmente examinarem todas as possibilidades possíveis para maximizarem seus ativos.

c) O art. 53, da LFRE, fixa prazo improrrogável para o devedor apresentar o plano de recuperação, que deverá conter: (i) a “discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados” (art. 53, I, LFRE); (ii) a demonstração de viabilidade econômica do plano (art. 53, II, LFRE); (iii) “o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor” (art. 53, II, LFRE). Todas as medidas constituem-se em pressupostos para se promover a maximização dos ativos, tanto do devedor, quanto dos credores (recebíveis). Em outras palavras: para que as partes possam solucionar a relação de tensão entre os princípios da preservação da empresa e da preservação e efetividade dos créditos, também pautados pela maximização de seus ativos.

d) Durante o procedimento de recuperação judicial o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê e do administrador judicial, o que, por certo, tende a possibilitar a tomada de decisões acerca da gestão dos negócios por pessoas familiarizadas com todas as variáveis inerentes à atividade em si. Todavia, isso não ocorrerá se “qualquer deles”, por exemplo, efetuar despesas injustificáveis, descapitalizar injustificadamente a empresa ou simular créditos (art. 64, II, b, c, d, LFRE). Todas as medidas visam maximizar os ativos, tanto do devedor quanto dos credores.

e) No art. 75, da LFRE, consta que “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.”

f) O art. 60, da LFRE, autoriza a inclusão no plano de “alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor”, o que poderá ocorrer por meio de leilão, propostas fechadas, pregão (art. 142, I, II, III, LFRE), após o juiz ouvir “o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê” (art. 142, LFRE). A alienação dar-se-á pelo maior valor oferecido, ainda que seja inferior ao valor de avaliação (art. 142, §2º, LFRE).

g) O juiz poderá autorizar, “mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação judicial diversas das previstas no art. 142” (art. 144, LFRE). Ainda, a fim de maximizar os ativos, prevê o art. 145 da LFRE que o juiz “homologará qualquer outra modalidade de realização do ativo”.

A eficácia do princípio da maximização dos ativos será efetiva quando os princípios da recuperação do devedor e da satisfação dos interesses dos credores forem harmonicamente aplicados no caso concreto. Assim, o princípio exerce dupla função: (i) uma negativa, de defesa contra os excessos que poderiam justificar a intensa promoção do princípio da recuperação do devedor, ou, então, do princípio da satisfação dos interesses dos credores; e (ii) uma positiva, que recomenda a adoção de medidas que preservem o valor dos ativos do devedor e dos ativos dos credores, inclusive para eventual processo de falência.

Portanto, a eficiência econômica – obter o máximo valor pelo menor custo – encontra limites na eficiência jurídica, para a qual o menor custo deverá respeitar os limites impostos pelo dever de igualdade; ser razoável; ser proporcional; e não importar em restrições ao núcleo essencial de todos os direitos pertinentes.

Em síntese: o princípio da maximização dos ativos determina que a recuperação judicial seja compreendida como um estado almejado em que a dinâmica proporcionada pelo processo assegure a efetiva eficácia das obrigações contraídas pelo devedor, para, então, viabilizar a melhor alocação dos recursos, com o escopo de adimpli-las com os resultados



advindos do exercício da empresa, o que contribuirá para o desenvolvimento sócio-econômico da coletividade.

### 1.2.3.2 Princípio da proibição do enriquecimento ilícito

A desconsideração da eficiência na atribuição de bens torna-se causa de empobrecimento da sociedade.<sup>410</sup>

Na base do princípio que veda o enriquecimento sem causa ou ilícito “encontra-se a ideia de que pessoa alguma deve locupletar-se injustificadamente à custa alheia.”<sup>411</sup> Há uma relação entre a vantagem patrimonial obtida por uma pessoa e a perda, também avaliável em dinheiro, sofrida por outra pessoa: “um *enriquecimento* à custa de um *empobrecimento*.”<sup>412</sup> A verificação, de forma cumulativa, de três requisitos implica na materialização do enriquecimento ilícito:

1. A existência de um enriquecimento;
2. Que esse enriquecimento se obtenha *à custa de outrem*;
3. A *falta de causa justificativa*.<sup>413</sup>

A vantagem em que o enriquecimento consiste pode ser observada, conforme ensina Almeida Costa, por dois ângulos: “o do *enriquecimento real*, que corresponde ao valor objectivo e autônomo da vantagem adquirida; e o do *enriquecimento patrimonial*, que reflecte a diferença, para mais, produzida na esfera económica do enriquecido e que resulta da comparação entre a sua situação efectiva (situação real) e aquela em que se encontraria se a deslocação se não houvesse verificado (situação hipotética).”<sup>414</sup>

Será sem causa legítima o enriquecimento quando resultar de uma prestação de outrem que se destinava a liquidar uma relação jurídica que não se produziu ou que não é válida. A deslocação patrimonial carece de justificativa fundada nos princípios do sistema jurídico.<sup>415</sup> No entanto, o enriquecimento pode encontrar a sua causa justificativa num preceito legal que

<sup>410</sup> TOMASETTI JÚNIOR, 2002, p. 123.

<sup>411</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 447-448.

<sup>412</sup> Ibid., p. 452.

<sup>413</sup> Ibid., p. 449.

<sup>414</sup> Ibid., p. 450.

<sup>415</sup> Ibid., p. 457.

lhe fornece uma causa, como, por exemplo, o credor de alimentos e o devedor que teve a sua obrigação extinta pela prescrição.<sup>416</sup>

No Parecer da CAE, a preocupação com os desvios decorrentes da recuperação judicial foi descrita nestes termos:

No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro.<sup>417</sup>

Compete ao direito, “na funcionalização das regras jurídicas, cabe respeitar a noção de eficiência econômica, dificultar o oportunismo, a busca de vantagens desproporcionais ou facilitar desequilíbrios na alocação de recursos que gerem ou aumentem custos de transação.”<sup>418</sup> Deste modo, “as fraudes devem ser combatidas com rigor, para não desmoralizar o instituto.”<sup>419</sup> Adequado assinalar a relação entre os princípios da ordem econômica e a proibição das práticas ilícitas sinalizada por Ashton:

Uma ordem econômica, que por questão de princípio deixa o agir na economia à iniciativa privada, à autonomia privada do cidadão, não pode deixar de proteger o princípio da livre concorrência dos conchavos e das combinações limitadoras e práticas semelhantes de empresários inescrupulosos que tolhem a livre concorrência. Destarte, o direito à livre concorrência torna-se peça nuclear de todo direito econômico.<sup>420</sup>

A proibição do enriquecimento sem causa, na seara da recuperação judicial, impõe um limite à promoção dos interesses subjacentes à recuperação do devedor, e que injustificadamente restringem direitos de terceiros. Neste sentido, adequada a observação de Camargo:

[...] em épocas de crise surgem situações em que a falência passa a ser desejada com fervor, especialmente para fraudar os interesses dos credores.

Ao contrário do que sustenta certa corrente de economistas, um índice muito grande de falências pode não ser um sinal de que o mercado se estaria encarregando de

<sup>416</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 458.

<sup>417</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

<sup>418</sup> SZTAJN, Raquel. Comentários ao art. 47 a 54. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005*; Artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 219.

<sup>419</sup> MANDEL, 2005, p. 141.

<sup>420</sup> ASHTON, 2006b, p. 175.

expungir de si mesmo os ineptos, mas de que estaria sendo descoberta uma forma de se frustrar o cumprimento das obrigações.<sup>421</sup>

Ao apreciar, no julgamento do REsp 1259018, a possibilidade de evitar que dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, formalizem “negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar”, o STJ assentou a necessidade de “o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos”. Assim, a Corte decidiu que na hipótese de “fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos”, de modo que sejam estendidos “os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas”.<sup>422</sup>

O princípio da proibição do enriquecimento ilícito também se faz presente no Direito de Empresa, máxime, na apuração dos haveres. Na "dissolução de sociedade de responsabilidade limitada, a apuração de haveres, no caso de sócio retirante ou pré-morto, ou ainda por motivo da quebra da *affectio societatis*, há de fazer-se como de dissolução total se tratasse posto que, segundo a jurisprudência do STJ, essa linha de entendimento tem por escopo preservar o *quantum* devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes".<sup>423</sup>

A inclusão “do fundo de comércio e do fundo de reserva instituído pela vontade dos sócios integram o patrimônio da sociedade e, por isso, devem ser considerados na apuração dos haveres, por ocasião da dissolução”, bem como, “dos dividendos porventura não pagos ao

---

<sup>421</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Fabris, 2010, p. 62.

<sup>422</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 1259018. Relatora: MIna. Nancy Andrigui. *DJe* 25 ago. 2011.

<sup>423</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 315.915. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 04 fev. 2002. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 453.476. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. *DJ* 12 dez. 2005.

sócio retirante, ainda que não pedida expressamente, tem por objetivo evitar o enriquecimento indevido do sócio remanescente, não configurando julgamento *extra petita*.”<sup>424</sup>

O princípio que veda o enriquecimento ilícito fundamenta algumas das importantes regras estabelecidas pela Lei n. 11.101, de 2005. Exemplifica-se:

a) O art. 19, da LFRE, confere legitimidade para o administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público requerer, até o encerramento da recuperação, a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores.

b) Compete ao administrador judicial fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial (art. 22, II, a, LFRE), enquanto ao Comitê de Credores é autorizado “fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial” (art. 27, I, a, LFRE).

c) O administrador judicial e os membros do Comitê responderão pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa, devendo o dissidente, em deliberação do Comitê, consignar sua discordância em ata para eximir-se da responsabilidade (art. 32, LFRE).

d) O art. 33, da LFRE, exige que o administrador judicial e os membros do Comitê de Credores assinem, em 48 (quarenta e oito) horas, o termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e assumir todas as responsabilidades a ele inerentes.

e) O devedor, com o deferimento do pedido, terá obtido uma nova oportunidade para recuperar-se da crise econômico-financeira, no entanto, deverá cumprir todas as obrigações contidas no plano no período de 2 (anos), sob pena de a sua falência ser decretada (art. 61, §1º, LFRE). A regra evita que o instituto seja utilizado apenas para alterar e prorrogar as obrigações, o que poderia, de um lado, provocar o enriquecimento ilícito do devedor, e, de

---

<sup>424</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 271.930. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 25 mar. 2002.

outro, o empobrecimento dos credores, cujos créditos teriam a sua eficácia e efetividade restringidas, ou até eliminadas.

f) O devedor ou seus administradores serão afastados da condução da atividade empresarial se qualquer um deles “houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores” (art. 64, III, LFRE).

g) O art. 30, da LFRE, proíbe que integre o Comitê ou exerça as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, em recuperação judicial anterior, “foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada”, bem como, não poderá “integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente” (art. 30, §1º, LFRE).

Todas as regras acima mencionadas reduzem a possibilidade de qualquer ato gerador de enriquecimento ilícito ser praticado ao longo do processo de recuperação judicial, e revelam que a eficácia do princípio, como função primária, visa proteger a efetividade da eficácia de todos os demais princípios atinentes ao subsistema, impondo a concretização de seu conjunto em total sintonia com a legislação vigente.

De forma sintetizada: o princípio da proibição do enriquecimento ilícito determina que todas as pessoas vinculadas ao processo judicial, sem exceção, atuem em conformidade com a lei, realizando, assim, todos os atos com apoio em fatos concretos e em normas jurídicas, com o que nenhuma pessoa poderá se beneficiar do processo de recuperação judicial para lograr vantagem patrimonial à custa de outra pessoa ou grupo de pessoas quando inexistir uma causa justificativa, tanto no plano fático, quanto no jurídico.

#### *1.2.3.3 Princípio da celeridade e transparência processual*

O crédito não é ilimitado, “mantém-se enquanto as garantias de títulos não ultrapassam os limites prefixados. Retardar é, nessa caminhada, inadmissível. Avançar ou

cair. Pagar ou desacreditar-se.”<sup>425</sup> Porquanto o tempo infiltra-se em tudo, “tantas as seduções, que o crédito oferece. No comprar. No vender.”<sup>426</sup> De modo que o “capital parado não rende juros. Mercadoria retida não dá lucro.”<sup>427</sup> Por tais razões, o princípio da celeridade está expresso no art. 75, parágrafo único, da LFRE: “O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.”

A tomada de decisões por partes de todos os agentes econômicos, no sistema de mercado, se dá com suporte na “atitude segundo a qual o homem visa sempre a maximizar os resultados de suas ações e iniciativas”.<sup>428</sup> Todavia, não deveria fazê-lo, *ut* o princípio da celeridade e transparência processual, com fulcro em dados e informações de apenas uma das partes, que, estrategicamente, as sonega da outra, perpetuando, pelo máximo de tempo possível, uma assimetria acerca do conhecimento dos dados e informações relevantes para a tomada de decisões no caso concreto.

A celeridade e a transparência em sentido objetivo vinculam-se à conduta, e assim mantêm relação de pertinência com a boa-fé, pois “não se trata apenas de uma ‘simplex atitude de correcção’, dirigida ‘a impedir toda a lesão na esfera jurídica de outrem’, mas também de uma colaboração ativa, “no sentido da satisfação das expectativas alheias, que exige o conhecimento real da situação que constitui objecto das negociações.”<sup>429</sup> Contribuir com o tramitar célere e transparente do processo de recuperação é um dever para com os outros.<sup>430</sup> Nesta vereda, à percepção de Couto e Silva cumpre ater-se:

---

<sup>425</sup> FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 15, p. 3.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>428</sup> NUSDEO, 2008, p. 114.

<sup>429</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, pp. 274-276.

<sup>430</sup> Cf. José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, em 1819: “acontecendo o caso em que o comerciante se vê nas circunstâncias de fazer ponto, isto é, parar nos seus pagamentos, tendo aliás fundos para satisfazer a todos os seus credores, pôsto os não possa imediatamente embolsar, por empates de efeitos, falta de liquidação da casa, impontualidade, ou iguais embaraços dos respectivos devedores; o comerciante de probidade deve sem perda de tempo pôr o seu crédito a abrigo de tôda suspeita de fraude, participando a seus credores do estado em que se acha, convocando-os a sua casa, para lhes patentear seus fundos, e livros, tendo-os em devida forma, com tôdas as suas clarezas, e dívidas ativas, e passivas da casa, e suplicar-lhes em consequência o favor de alguma espera, respiro, prazo, ou espaço de tempo, para dentro dêle fazer-lhes pagamento, com faculdade de continuar no seu comércio ordinário, ou sômente para o efeito de liquidar entretanto os fundos, arrecadando, e cobrando.” (LISBOA, José da Silva. apud FERREIRA, op. cit., p. 246).

O dever de esclarecimento, como o nome indica, dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar certa circunstância de que o “alter” tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora totalmente. Esclarecimento, evidentemente, relacionado com alguma circunstância relevante.<sup>431</sup>

A relação entre eficiência econômica e os custos de transação foi assim posta por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn:

Se formos capazes de criar instituições que reduzam os custos de transação, definidos por Barzel como os custos de transferir, capturar e proteger os Direitos de Propriedade, então os indivíduos na sociedade se engajarão em transações para resolver os problemas alocativos desses direitos. O Estado tem o papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando as condições para o funcionamento dos mercados e outros arranjos institucionais.<sup>432</sup>

No que tange ao princípio da celeridade e transparência, o Parecer da CAE assinala a necessidade de o Estado “promover de forma rápida e eficiente” a retirada do mercado das sociedades e dos empresários não recuperáveis.<sup>433</sup> E ainda:

7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais: é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas seja, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravanca seu curso.

11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: [...].<sup>434</sup>

O custo de um processo longo de recuperação, como percebido por Epstein, Nickles e White, é suportado pelos credores. Embora seja injusto sugerir que os devedores enriqueçam com este tipo de processo, as desvantagens para o devedor são compensadas pela sua capacidade de manter os credores anteriores ao pedido de reorganização (“*prepetition creditors*”) à distância enquanto continua a exercer seus negócios, ainda que sob escrutínio judicial. Por outro lado, o atraso pode causar um dano irreparável aos credores. Quanto mais tempo levar o caso, maior será o custo para os credores que devem pagar custas legais e sofrer custos de oportunidades injustificáveis, enquanto ele observa reivindicações administrativas variadas diminuírem o valor de sua própria reclamação. Já que a maioria dos casos, sob o *Chapter 11*, não apresentam um plano de reorganização (“*reorganization plan*”), ou, pelo menos, um plano de liquidação parcial ou total, o devedor frequentemente nada mais faz do

<sup>431</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 115.

<sup>432</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005a, p. 6.

<sup>433</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 20-21.

que adiar o inevitável, mas com algum custo aos credores. O alívio mais eficaz do credor pode ser garantir a confirmação de seu próprio plano de reorganização, ainda que este não possa acontecer antes de expirar o período de exclusividade (“*exclusivity period*”). No entanto, se o devedor for bem sucedido na obtenção de prorrogações do prazo, conforme a lei americana, o credor não tem poder algum.<sup>435</sup>

No que tange à transparência, Epstein, Nickles e White sublinham que um dos preços pago pelo devedor para entrar nos portões da reorganização é fazer a divulgação de uma grande variedade de fatos e informações para os seus credores, algo que normalmente, por serem particulares, não ocorre (“*make disclosure*”). Os objetivos desta divulgação são variados. Primeiro, ela pode ser útil para permitir que um administrador ou um dos credores siga e evite pagamentos que foram feitos a outros credores, para pessoas internas, ou a outros amigos do devedor. Em segundo lugar, segundo os autores, as informações permitem que os credores moldem o seu comportamento enquanto se aguarda a proposta de um plano de reorganização ou liquidação (“*plan of reorganization or liquidation*”). Por exemplo, um credor garantido que está contemplando a possibilidade de ter sua seguridade balanceada pode estar interessado em saber a natureza dos ativos livres que estariam disponíveis e gostaria de receber a informação que lhe permitiria determinar a probabilidade de uma reorganização bem sucedida. Finalmente, a divulgação (“*disclosure*”) habilita o credor a negociar um plano e, finalmente, decidir-se a votar a favor ou contra tal plano.<sup>436</sup>

O relator do Projeto de Lei na Câmara, Osvaldo Biolchi, assim se manifestou acerca da celeridade diante da inevitável falência do devedor:

[...] em cada pensamento e obra reluziu forte e presente para se adaptar aos contornos da modernidade, suprimir as falhas estruturais e agilizar o procedimento, principalmente quando a liquidação é inevitável e a quebra menos custosa do que a própria recuperação da empresa.<sup>437</sup>

Ao julgar o AgRg no CC 110.250, o STJ constatou “ter o legislador concatenado o período de suspensão de 180 dias com o trâmite do próprio pedido de recuperação, que deve primar pela celeridade e efetividade, com vistas a evitar maiores prejuízos aos trabalhadores e

---

<sup>435</sup> EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 813.

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 819.

<sup>437</sup> BIOLCHI, 2009, p. XL.



à coletividade de credores, bem como à própria empresa devedora.”<sup>438</sup> Por tais razões, a Corte passou a entender que transcorrido o prazo de suspensão (art. 6º, §§4º e 5º, LFRE) sem que tenha havido a aprovação do plano de recuperação, as ações e execuções individuais devem retomar o seu curso, até que seja aprovado o plano ou decretada a falência do devedor.

No caso específico de que trata o AgRg no CC 110.250 já havia transcorrido “quase 15 meses desde o processamento do pedido de recuperação”, sem “prova sequer de entrega dos planos de recuperação, que nos termos do art. 53 da Lei nº 11.101/05, devem ser apresentados 60 dias após a decisão que deferir o processamento da recuperação judicial.” A celeridade também reclama impulso oficial.<sup>439</sup>

Das conexões – procedimentais e materiais – que unificam os princípios, o legislador fixou as regras contidas na Lei n. 11.101, de 2005, que conferem eficácia ao princípio da celeridade e transparência processual na recuperação judicial. A título de exemplo:

a) O art. 6º, §8º, da LFRE, determina a prevenção do juízo para qualquer outro pedido de recuperação judicial, para que por meio da universalização do juízo e da coerência quanto às decisões se possa promover a celeridade do processo e a transparência de seu conteúdo.

b) O direito de voto dos titulares de créditos retardatários, “excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho”, nas deliberações da assembleia-geral de credores é vedado pelo art. 10, §1º, da LFRE. Percebe-se que a eficácia do princípio da celeridade foi privilegiada ao ponto de afastar a eficácia do eventual direito dos credores retardatários.

c) O art. 16, da LFRE, dispõe que o “juiz determinará, para fins de rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado”, o que significa dizer que todos os demais pagamentos terão prosseguimento independente do julgamento da impugnação. Caso a impugnação seja parcial, será paga a quantia incontroversa (art. 16, parágrafo único, LFRE). Dá-se ênfase à celeridade.

---

<sup>438</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrichi, *DJe* 16 set. 2010.

<sup>439</sup> Nos termos do art. 262, do CPC: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

d) O administrador está autorizado a exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações, que, não sendo prestadas, poderá a recusa importar em crime de desobediência (art. 22, I, d, §2º, LFRE). O art. 23, parágrafo único, da LFRE autoriza a substituição do administrador que não apresentar os seus relatórios no prazo de 5 (cinco) dias depois de intimado pessoalmente. O art. 64, V, da LFRE, prevê a destituição do devedor ou de seus administradores na condução da atividade empresarial quando as informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos membros do Comitê não forem prestadas. Confere-se efetividade à transparência.

e) O art. 40, da LFRE, proíbe que por força de liminar, medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela seja suspensa ou adiada a assembleia-geral, enquanto o art. 39, §2º, da LFRE, assegura a validade das deliberações independente de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos. Em nome da celeridade, restringe-se a eficácia de outros eventuais direitos.

f) O art. 52, da LFRE, assegura que, estando em termos a documentação exigida no art. 51 da LFRE, o juiz deferirá o processamento da recuperação, e, no mesmo despacho, providenciará as medidas elencadas nos incisos e parágrafos do referido artigo. Observa-se que com o despacho inicial o juiz determinará que o devedor apresente suas contas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores (art. 52, IV, LFRE). A eficácia do princípio da celeridade e transparência provoca efeitos desde o despacho judicial.

g) A regra contida no art. 69, da LFRE, determina que se acrescente em todos os atos e documentos firmados pelo devedor a expressão “em recuperação judicial”, devendo a mesma anotação ser realizado no Registro Público, por determinação judicial, *ut* o parágrafo único do art. 69. O art. 196, da LFRE, dispõe que os “Registros Públicos de Empresas manterão banco de dados público e gratuito, disponível na rede mundial de computadores, contendo a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação judicial”, cabendo aqueles “promover a integração de seus bancos de dados em âmbito nacional” (art. 196, parágrafo único, LFRE). A transparência e a segurança jurídica são privilegiadas, mesmo que isso possa importar em uma redução da eficácia dos princípios da recuperação do devedor e da satisfação dos interesses dos credores.

A eficácia do princípio da celeridade e transparência processual é abrangente, pois se dirige de forma imediata a todos os participantes do processo de recuperação judicial, máxime, para o juiz, o administrador, o devedor e os credores. A efetividade deste princípio conferirá efetividade à eficácia de todos os demais princípios do subsistema da recuperação judicial.

De modo reduzido: o princípio da celeridade e transparência processual determina que todas as partes vinculadas ao processo judicial, sem exceção, atuem com zelo e dinamismo, fazendo o menor uso possível dos prazos fixados pela lei, sem jamais extrapolá-los, e com lisura e sinceridade, franqueando a todos os interessados e legitimados, além daqueles documentos exigidos por força de lei, todas as informações, dados e esclarecimentos que se fizerem necessários para a real compreensão e avaliação plena das matérias concernentes ao processo de recuperação, sejam de ordem jurídica, sejam de ordem fática.

### 1.3 DO CARÁTER ECONÔMICO E SOCIAL ATINENTE AOS PRINCÍPIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O campo social integra o campo econômico.<sup>440</sup> E “a aplicação de recursos em fins sociais não os descaracteriza como bens escassos e, portanto, econômicos e não justifica a falta de racionalidade às vezes a ela associada.”<sup>441</sup>

Não obstante o direito privado estabelecer que compete aos indivíduos formatar e construir as suas próprias relações jurídicas,<sup>442</sup> isso não significa que há ruptura com o que se denomina de direito público. A distinção entre Direito Público e Direito Privado “repousa numa simples ‘autonomia’ para fins meramente didáticos baseada em critério meramente histórico”.<sup>443</sup> Ambos referem-se ao mesmo estado de direito, constituído em torno de um só

---

<sup>440</sup> NUSDEO, 2008, p. 93.

<sup>441</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>442</sup> ASHTON, 2006b, p. 171.

<sup>443</sup> BECKER, 2002, p. 32. Cf. Becker: “A evolução econômica e social da humanidade dentro do ritmo vertiginoso da aceleração da História, quebrou todos os ramos clássicos do direito, de modo que uma das grandes tarefas do jurista contemporâneo é estabelecer a nova e racional divisão (“autonomia”) didática do direito.” (*Ibid.*, p. 35).

ordenamento jurídico.<sup>444</sup> Os interesses sociais se consolidam com o respeito aos direitos particulares.<sup>445</sup> A lição é de Couto e Silva:

Não há separação tão rigorosa, no Estado moderno, entre Estado e Sociedade, pois ambas as esferas, a pública e a privada, se conjugam, se coordenam, 'se interpenetram e se completam'. É evidente, em nossos dias, que por autonomia da vontade não se designa o poder de criar efeitos jurídicos, baseado somente na vontade de uma, ou mais partes, fora de toda habilitação legislativa.<sup>446</sup>

Carvalhosa, acerca do aparente conflito entre o interesse particular e o interesse público, no campo do direito empresarial, ensina que o público é atendido com a obediência ao particular, afastando desta seara uma concepção conflituosa: “Não devem, portanto, o intérprete, o administrador público encarregado da proteção estatal e muito menos o juiz considerar conflitantes os dois campos - público e privado - nos quais gira a sociedade anônima.”<sup>447</sup>

Atentando-se para a relação entre o Direito de Empresa e o Direito das Obrigações na recuperação judicial, cumpre recordar que na dissolução de sociedades o interesse social ou público adquire relevo com o princípio da preservação da empresa, e, concomitantemente, o interesse particular ou privado se coloca por meio do interesse da maioria acionária que deseja prosseguir com a exploração da atividade empresarial, e, ainda, por meio da minoria que poderá fazer uso de outros meios legais para retirar-se do liame social, apurar e cobrar os seus haveres.<sup>448</sup> Nesta senda, se traz a lume a anotação de Barbi Filho: “quando existe a possibilidade de continuação da vida produtiva da sociedade, o interesse público desloca-se para a conveniência socioeconômica de preservação da empresa. É nesse contexto que está a dissolução parcial.”<sup>449</sup>

---

<sup>444</sup> Cf. Maximiliano: “O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual.” (MAXIMILIANO, 2002, p. 5).

<sup>445</sup> CARVALHOSA, 2007, v. 1, p. 13.

<sup>446</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 18.

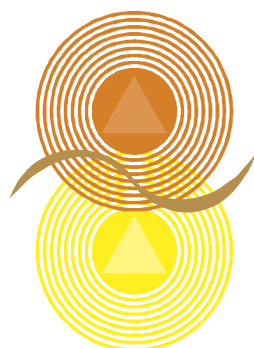
<sup>447</sup> Cf. Carvalhosa: “Na medida em que os direitos dos acionistas são rigorosamente observados, sem que ocorra abuso no seu exercício, o interesse público já está sendo contemplado. (CARVALHOSA, op. cit., p. 12).

<sup>448</sup> Cf. Canaris: “Assim, por exemplo, a exigência do bem comum ou do interesse público não desempenham, em regra, qualquer papel para a disciplina da relação entre os sujeitos de direito privado.” (CANARIS, 2006, p. 37). Cf. Medina Guerrero: “Desde esta perspectiva, a mi juicio correcta, no hay, en suma, un único contenido constitucionalmente protegido de aquellos derechos susceptibles de proyectarse en las relaciones entre particulares.” (MEDINA GUERRERO, 1996, p. 104).

<sup>449</sup> BARBI FILHO, 2004, p. 138-139.

A recuperação judicial está vinculada à atividade empresarial, daí depende-se que os conteúdos de todos os seus princípios estão relacionados à atividade econômica e à jurisdição estatal, as quais ocorrem dentro de uma mesma sociedade, cuja existência desenvolve-se em um estado de direito. A partir dessa percepção, salienta-se a estreita relação que há, na recuperação judicial especificamente, entre o interesse público e o privado; ou entre o interesse social e o particular, os quais se encontram sobrepostos. Talvez se possa clarear este aspecto por meio de uma representação gráfica:

Figura 2 – Recuperação Judicial



Fonte: Autor.

A curva sinaliza os pontos nos quais as interpretações ou as decisões judiciais, especialmente quando envolverem princípios, podem se apoiar. A área de sobreposição ilustra a proximidade de interesses públicos e particulares, e revela a implicação de efeitos econômicos e sociais, tanto em face do interesse ou princípio que se almeja promover, quanto em decorrência daquele que acabará restringido, porquanto todos os interesses ou princípios contêm em si uma carga de cunho social e econômico, reflexiva do conteúdo dos princípios da recuperação judicial.

As conexões de interesses e seus reflexos sobre os interesses particulares e sociais no que tange à recuperação judicial também foram observadas por Bertoldi e Pereira, nestes termos:

A idéia norteadora é de que a recuperação judicial possibilitará os melhores resultados mediante a conjugação do interesse público, expresso na figura do juiz, do interesse na condução administrativa mais eficiente nos termos da lei, encabeçada

pelo empresário e pelo administrador judicial, e do interesse dos credores, manifestado pelo Comitê e pela Assembléia.<sup>450</sup>

O timbre econômico-social de todos os princípios do subsistema da recuperação judicial também pode ser percebido pelo ângulo das externalidades, as quais correspondem “a custos ou benefícios circulando *externamente* ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço.”<sup>451</sup>

As externalidades negativas, ou custos sociais,<sup>452</sup> são inerentes à atividade econômica, esteja ou não o empresário ou a sociedade empresária em crise. Importa aqui, por meio delas, comprovar o caráter econômico e social de todos os princípios da recuperação, logo, a proximidade entre o público e o privado, tudo em consonância com a natureza, o conceito e os objetivos do instituto. Com este propósito, citam-se alguns exemplos: a) quando resíduos e poluentes são erroneamente processados; b) fábricas inteiras são fechadas de forma repentina; c) planejamentos tributários cuja legalidade será discutida por anos são adotados; d) quando todas as obrigações do empresário ou da sociedade empresária junto aos seus credores deixam de ser adimplidas, e o custo decorrente tem de ser repassado à sociedade em geral, enquanto os ganhos advindos das externalidades positivas serão interiorizados, concentrando-se em poucos.<sup>453-454</sup>

Dos apontamentos acima, três pontos merecem destaque. Primeiro: a importância do debate em torno das teorias institucionalistas e contratualistas parece ser bem menor do que a comumente propagada pela doutrina,<sup>455</sup> pois o elemento subjetivo (titularidade) e o objetivo

---

<sup>450</sup> BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 491.

<sup>451</sup> NUSDEO, 2008, p. 153.

<sup>452</sup> Cf. Verçosa: “O tema custo social da empresa não é absolutamente novo, tendo sido tratado pelos juristas já desde algum tempo, utilizando-se, para tanto, da análise “custo/benefício”, entre as diversas soluções propostas pela doutrina no campo da responsabilidade da empresa, tal como fez Guido Alpa, Itália.” (VERÇOSA, 2004, p. 174).

<sup>453</sup> NUSDEO, op. cit., p. 156.

<sup>454</sup> Cf. Nusdeo, o arcabouço legal é incapaz de identificar e atribuir os custos relacionados às externalidades negativas, no entanto, eles permanecem e recaem sobre terceiros, determinados (custos externos) ou indeterminados (custos sociais). (Ibid., p. 154).

<sup>455</sup> Em sentido contrário, Derzi e Frattari: “Na verdade, o princípio da preservação da empresa, expressamente referido no art. 47 da nova Lei, remete o intérprete à velha discussão entre contratualistas e institucionalistas, que dividiu a doutrina e as leis regentes da sociedade anônima, no mundo inteiro.” (DERZI; FRATTARI, 2009, p. 1326).

(atividade) interagem no caso concreto,<sup>456</sup> o qual fornecerá os subsídios relevantes para a interpretação ou a decisão judicial atribuir maior envergadura a um ou outro interesse ou princípio. Segundo: o interesse social encontra-se em todos os princípios pertinentes à recuperação judicial. Terceiro: a concretização, tanto do princípio da recuperação do devedor quanto do princípio da satisfação dos interesses dos credores, somente ocorrerá se a indissociável conexão entre eles for reconhecida pelo intérprete e aplicador do direito, no sentido de fortalecê-los, mutuamente, por meio da promoção do princípio da eficiência econômico-jurídica.

#### 1.4 AS CONEXÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS COMO FATOR SISTEMATIZADOR DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Os princípios limitam-se mutuamente, o que não se deve classificar como *contradição*, e sim como *oposição*, pois aquele reflete algo que deveria ser eliminado, enquanto esta algo que deva ser ajustado através de uma solução intermediária.<sup>457</sup>

As conexões materiais existentes entre os princípios da recuperação judicial fazem com que a prevalência dada ao conteúdo de qualquer um deles provoque um reflexo sobre todos os demais. Daí se dizer que a restrição excessiva da eficácia de qualquer um dos princípios, ou, ao inverso, que a concretização ilimitada de um princípio deve sempre ser privilegiada, importará em graves danos ao próprio instituto, porquanto se estará negando: (i) a pluralidade de interesses presente em um processo de recuperação judicial;<sup>458</sup> (ii) as

---

<sup>456</sup> Cf. Couto e Silva: “a noção clássica de sociedade, com fundamento na vontade incontestável dos sócios, tenda a modificar-se em favor de uma concepção diversa, em que a tutela subjetiva se mescla com a proteção objetiva ou institucional da empresa.” (COUTO E SILVA, 1986, p. 23).

<sup>457</sup> CANARIS, 2002, p. 205-206.

<sup>458</sup> Cf. Pacheco, acerca dos interesses: “a) do empresário ou da sociedade empresária; b) dos empregados, que com seu trabalho dão-lhe vitalidade; c) dos sócios, que aplicam suas economias e recursos financeiros, em prol do seu desenvolvimento; d) dos credores que, confiantes nos seus produtos, dão-lhe crédito; e) das instituições financeiras, que lhe dão financiamento, atentas não só à segurança das garantias, mas também à pertinência crescente da atividade empresarial; f) da Fazenda Pública, que sempre almeja a capacidade econômica do contribuinte, só possível com o estímulo e revitalização daquela; g) do Município, da Região, do Estado e do próprio País, que só se desenvolve com o desenvolvimento das atividades econômicas organizadas para a produção ou a circulação de bens e serviços; h) da Ordem Econômica em geral que, de acordo com o preceito do art. 170 da Constituição Federal, funda-se na valorização do trabalho e da livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e da busca do pleno emprego; i) dos consumidores e da coletividade em geral.” (PACHECO, 2006, p. 1-2).

conexões que há entre os interesses; (iii) o alcance dos efeitos que poderão ser deflagrados, em efeito cascata, a partir das decisões que vierem a ser tomadas.

Por outro lado, as conexões também podem ser utilizadas como fator de sistematização dos princípios, o que evidenciará a necessidade de o conjunto de objetivos do instituto ser almejado, no caso concreto, com atenção à harmonia que há entre eles no plano jurídico, pois, como salientado por Canaris: a) “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição;” b) “eles não têm a pretensão da exclusividade;” c) “eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas;” d) e “eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio”.<sup>459</sup>

Reitera-se que no caso da recuperação judicial uma sistematização de seus princípios tendo como referência o caráter material ou procedimental não teria grande funcionalidade, dentre outros motivos porque os princípios comumente são aplicados nestas duas áreas, e porque as relações de tensão abrangem, via de regra, os interesses dos credores e os do devedor, não raro tido como sociais.

Destarte, a sistematização dos princípios da recuperação judicial deve contemplar a possibilidade de conflito entre os interesses do devedor e dos credores, bem como, os interesses de ambos na eficiência econômico-jurídica. A qual poderia ser representada da seguinte forma:

---

<sup>459</sup> CANARIS, 2002, p. 88.



**Figura 3 - Princípios da Recuperação Judicial****Princípios da Recuperação Judicial**

(princípios constitutivos)

**Princípio da recuperação do devedor      Princípio da satisfação dos interesses dos credores****Princípio da eficiência econômico-jurídica**

(princípios gerais)

**Princípio da preservação da empresa****Princípio da cooperação****Princípio da segurança jurídica****Princípio da participação ativa dos credores****Princípio da preservação e efetividade dos créditos****Princípio da igualdade entre os credores****Princípio da maximização dos ativos****Princípio da proibição do enriquecimento ilícito****Princípio da celeridade e transparência processual****REGRAS JURÍDICAS****DECISÕES JUDICIAIS**

Fonte: Autor

## 2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA RELEITURA DE SEUS PONTOS ESTRUTURAIS

### 2.1 PARA E NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ESPECIFICAÇÃO DOS CONCEITOS-CHAVE.

O fato de a Lei n. 11.101, de 2005, ter recepcionado conceitos pré-existentes no ordenamento jurídico não afasta a necessidade de se examinar a qual dos significados, havendo mais de um, a LFRE se refere,<sup>460</sup> pois a sua estrutura – formal e material – é suficientemente bem definida para possibilitar a construção de conceitos precisos, como, aliás, recomenda Engisch:

Nada há de mais falso do que a afirmação tantas vezes repetida: quando o significado de uma expressão da Lei for obscuro, deve ligar-se-lhe o sentido que ela tem na linguagem corrente [...]. O conceito jurídico necessita de segurança no seu conteúdo e exactidão nos seus limites.<sup>461</sup>

A identificação do significado específico dos conceitos-chave na e para a recuperação judicial – conceitos de *empresário*, *sociedade empresária*, *empresa* e *estabelecimento* – é essencial para a interpretação, em especial por meio de um processo de ponderação, dos artigos pertinentes ao instituto,<sup>462</sup> porquanto: (i) a clareza conceitual é imprescindível em todas as ciências, assim como a ausência de contradição e coerência;<sup>463</sup> (ii) o uso destes conceitos pela doutrina, pelos juízes e pelo legislador, não raro, se dá em desconformidade com o sentido técnico-jurídico adotado pela Lei n. 11.101; (iii) a compreensão e a fundamentação de qualquer conteúdo jurídico pressupõem precisão quanto aos conceitos,

---

<sup>460</sup> Cf. Becker: “uma definição, qualquer que seja a lei que a tenha enunciado, deve valer para todo o direito; salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição ou excluiu sua aplicação num determinado setor do direito; mas que tal alteração ou limitação ou exclusão aconteça é indispensável a existência de regra jurídica que tenha disciplinado tal limitação, extensão, alteração ou exclusão.” (BECKER, 2002, p. 123).

<sup>461</sup> ENGISCH, 2008, p. 139.

<sup>462</sup> Cf. Aarnio: “Legal terms obtain a meaning in accordance with ordinary language. Sometimes, however, a concept is juridico-technically defined in a law text. It may have to do with a specification of standard language, sometimes even with deviating from it. The specification or the deviation is at this time expressed, for instance, in the form: “In this law, x means y”. It is, however, more common for a law only to specify the content of a concept. (AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Anshgate, 1997, p. 165).

<sup>463</sup> ALEXY, 2008, p. 38.

institutos e normas referidos;<sup>464</sup> (iv) apenas assim é possível conferir-lhes maior funcionalidade.

### 2.1.1 Empresário

O Livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002 tem o seu objeto definido como “Direito de Empresa”,<sup>465</sup> em cujo centro está a figura do empresário, acerca da qual estabelece o art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

O enunciado explicita que o conceito de *empresário* está apoiado em elementos quantitativos – (natureza da atividade e modo de exercício) – e qualitativos – (atuação em massa, em cadeia, que impõem adoção de comportamento padrão e organização para seu exercício),<sup>466</sup> de modo que para ser *empresário* a pessoa deve exercer uma atividade econômica como um profissional do mercado,<sup>467</sup> o que implica “um comportamento especial, uniforme, padronizado, que traz, nas relações jurídicas que pratica, conseqüências diversas daquelas que normalmente decorreriam, mesmo na área econômica, de uma atuação não profissional e isolada, de qualquer outro sujeito de direito.”<sup>468</sup> Ascarelli vincula a figura do empresário ao profissionalismo com que exerce a atividade econômica, e não à realização de atos instrumentais:

A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. O termo “ato”, ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a “negócio” (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de “negócios”, e não puramente de “atos”, que pode se apresentar como coordenada a uma “atividade” e, por isso, elemento integrante desta. Essa referência serve para excluir, em minha opinião, a qualificação de empresário em razão de

<sup>464</sup> ALEXY, 2008, p. 45.

<sup>465</sup> Cf. Couto e Silva: “o Direito das Empresas apareceu como o elemento necessário à unificação das sociedades civis e comerciais.” (COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de empresa no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 613, nov. 1986, p. 25).

<sup>466</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

<sup>467</sup> Cf. Couto e Silva: “[empresário] é mais abrangente e inclui não só o comerciante como, também, o industrial; não só o que comercializa, mas também o que produz o bem destinado a circulação.” (COUTO E SILVA, op. cit., p. 25).

<sup>468</sup> GONÇALVES NETO, op. cit., p. 52.

cumprimento de uma pluralidade de atos que tenham, de per si, mero valor instrumental, relativamente a outras operações às quais se deve remontar.<sup>469</sup>

Como lembrado por Verçosa, o art. 2.082 do Código Civil Italiano contém o mesmo conceito – “É empresário quem exerce economicamente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou serviços.” –, daí o autor sublinhar os elementos qualificativos e distintivos do empresário no esteio de De Martini, como: “(i) exercício de uma *atividade*; (ii) a *natureza econômica* da atividade ; (iii) a *organização* de uma atividade; (iv) a *profissionalidade* do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo); e (v) a *finalidade da produção ou troca de bens ou serviços* (elemento objetivo).”<sup>470</sup>

Em vista disso, ações que evidenciem um comportamento empreendedor e um apetite ao risco são inerentes ao empresário, sem as quais inconsistente seria a pretensão de lucro.<sup>471</sup> Não obstante o art. 966, do Código Civil, deixar de mencionar a finalidade lucrativa da atividade exercida pelo empresário, ela se encontra na gênese de qualquer atividade econômica produtiva subsidiada, diretamente, pela propriedade privada.

Não obstante haver doutrinadores que entendem ser o empresário identificável pela contratação de trabalho alheio, a exigência de criação de empregos não parece ser uma condicionante para a caracterização do empresário. Além de o art. 966, do Código Civil, não exigir, é possível enquadrar como *empresário* profissional que exerce uma atividade empresarial na qual ele é a única pessoa diretamente vinculada; as demais são prestadoras de serviços terceirizados. Esse aspecto foi bem observado por Tokars:

[...] a organização no desenvolvimento da atividade econômica vai muito além da contratação de empregados, envolvendo, em sentido amplo, o gerenciamento dos fatores de produção [...] o empresário é identificado pela exploração de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, ainda que não haja a exploração de trabalho alheio.<sup>472</sup>

<sup>469</sup> ASCARELLI, Tullio. O empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro*, v. 36, n. 109, p. 183-189, jan./mar. 1998, p. 183-184.

<sup>470</sup> VERÇOSA, 2004, p. 118-119. Cf. Couto e Silva: “[definição do projeto de lei] corresponde com exatidão ao disposto no art. 2.082 do CC italiano e foi aceita, porque as notas da definição reproduzem, em grande medida, o conceito econômico de empresa.” (COUTO E SILVA, 1986, p. 26).

<sup>471</sup> Cf. Nusdeo, o lucro é resultado da subtração da “receita potencial gerada pela venda no mercado de bens produzidos menos o custo a serem incorridos com essa produção”, constituindo-se ele na remuneração de quem se dispôs a conduzir o processo produtivo, assumindo-lhe os riscos correspondentes, ou seja, lucro é a remuneração do empresário. (NUSDEO, 2008, p. 116).

<sup>472</sup> TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 439.

Sublinha-se, ainda aqui, que tal particularidade evidencia a importância de se investigarem, na recuperação judicial, os aspectos fáticos, realmente, existentes na empresa exercida pelo devedor, quando da necessidade de qualquer interpretação ou decisão ser tomada em face da preponderância atribuída a um ou outro princípio, pois manter os postos de trabalho é um dos objetivos do instituto.

O art. 966, do Código Civil, não torna a inscrição da pessoa no Registro Público de Empresas Mercantis um elemento pertinente ao conceito de empresário, não obstante os efeitos restritivos de direito decorrentes da ausência de inscrição, como, por exemplo, a caracterização de um estado de irregularidade, a impossibilidade de se inscrever no cadastro nacional de pessoas jurídicas, e a impossibilidade, prática, de se contratar, formalmente, empregados.

O parágrafo único do art. 966, por sua vez, afirma que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística [...], salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”<sup>473</sup> Destarte, não se enquadram no conceito de empresário as pessoas que apesar de exercerem atividade econômica a façam apenas eventualmente, como amadores ou mesmo por prazer, desvinculados de um procedimento previamente pensado e razoavelmente fixo, que dê estrutura à produção ou à circulação de bens ou serviços. Por isso, não são empresários os profissionais intelectuais que se dedicam à ciência, à literatura ou às artes.

Acrescenta-se que a Lei n. 12.441, de 2011, alterou o Código Civil e instituiu a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI –, a qual, nos termos do art. 980-A, pode ser constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, admitindo-se, nos termos do §3º, que inclusive resulte da concentração das quotas de outra modalidade societária em um único sócio, independentemente das razões que motivaram tal

---

<sup>473</sup> Quanto ao parágrafo único, cumpre assinalar que “essa previsão, por excepcionar o *caput* do art. 966, supõe, evidentemente, o exercício de atividade dessa natureza sob a forma organizada e em caráter profissional, pois se assim não fosse, não precisava existir ressalva alguma”. (GONÇALVES NETO, 2008, p. 70). Por outro lado, submete-se às “disposições do direito de empresa e, portanto, considera-se empresário o intelectual que contribui com seu trabalho profissional para a feitura ou a circulação de um produto ou serviço diverso e mais complexo do que aquele que se insere em sua habilitação”, como, por exemplo, “o médico que agrega à prática da medicina um spa, onde ao paciente oferece repouso e refeições”. (Ibid., p. 72).

concentração.<sup>474-475</sup> Aplicam-se, no que couberem, as regras previstas para as sociedades limitadas, *ut* §6º do art. 980-A, do C. Civ.<sup>476</sup> Tecnicamente, maior precisão teria o legislador obtido se tivesse feito uso da expressão *empresário com responsabilidade limitada* para designar o novo sujeito de direito ao invés de *empresa individual*. De qualquer forma, o nome não altera a natureza.

No que se refere à recuperação judicial, constou no art. 1º do Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, elaborado pelo Poder Executivo, que a Lei iria regular a “recuperação das empresas que exercem atividade econômica”, o que implicaria reconhecer que as empresas são as titulares do exercício da atividade econômica. Contudo, o art. 2º do Projeto previa a submissão à Lei da “pessoa jurídica de natureza civil que explore atividade econômica”.<sup>477</sup> Desta maneira, para o Projeto, ou as expressões *empresa* e *pessoa jurídica* seriam sinônimas, ou um equívoco técnico foi cometido na redação do art. 1º, uma vez que o Direito visa a regular a conduta do sujeito de direito.

Na ementa do Parecer elaborado pela Comissão de Assuntos Econômicos – CAE – do Senado Federal, já sob a denominação de Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003, consta que seu intuito é regular a recuperação judicial de “devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas Leis comerciais”.<sup>478</sup> Ao se referir aos princípios inerentes ao Projeto, a CAE expressamente distinguiu o significado de empresa e de empresário. *In verbis*:

<sup>474</sup> Convém anotar: (i) O TJRS entendia que o empresário individual não tinha personalidade jurídica em face de não lhe ser permitido, até o advento da Lei n. n. 12.441, de 2011, limitar a sua responsabilidade patrimonial. Neste sentido: “Somente as sociedades empresárias possuem personalidade jurídica que pode ser desconsiderada, mediante aplicação da regra do art. 50 do CC.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 18ª Câm. Cív. AI 70027519636. Relator: Des. Pedro Celso Dal Pra. *DJ* 13 jan. 2009). Ainda: “FIRMA INDIVIDUAL NÃO CONSTITUI PESSOA JURÍDICA NEM É SOCIEDADE.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª C. Cív. AI 70028119535. Relator: Des. Irineu Mariani, *DJ* 13 fev. 2009).

<sup>475</sup> Cf. Becker: “A personalidade *jurídica* é a personalidade social que obteve *reconhecimento* pelo Direito Positivo. Ao ser reconhecida pelo Direito Positivo aquela personalidade social (do Ser Social – sociedade natural – com personalidade própria, transfigurou-se em personalidade jurídica. O legislador é livre de reconhecer ou ignorar, em cada caso, a personalidade da sociedade natural (Ser Social). Quando o legislador reconhece a personalidade da sociedade natural (Ser Social), então esta sociedade natural se transfigura em pessoa jurídica (noutras palavras, torna-se uma sociedade de *direito*).” (BECKER, 2002, p. 157).

<sup>476</sup> BRASIL. Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2012.

<sup>477</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 4.376, de 1993 (Do Poder Executivo). *Diário do Congresso Nacional* 22 fev. 1994, p. 1974-1989. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=22/02/1994&txpagina=1974&altura=650&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=22/02/1994&txpagina=1974&altura=650&largura=800)>. Acesso: 10 jan. 2012.

<sup>478</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003, p. 1.

Separação dos conceitos de empresa e de empresário: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.<sup>479</sup>

A imprecisão, contudo, persistiu. Ao se manifestar sobre a “recuperação das sociedades e empresários recuperáveis”, a Comissão afirmou que o “Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.”<sup>480</sup> Tecnicamente, mais adequado seria se a Comissão consignasse que a recuperação é do devedor, ou seja, do empresário e das sociedades empresárias que se encontram em crise econômico-financeira, e não da empresa, uma vez que o Parecer recomenda que se utilize, em se tratando de recuperação judicial e falência, a “definição do Código Civil, que é mais precisa, para restringir os regimes disciplinados na Lei aos empresários e às sociedades empresárias.”<sup>481</sup>

O art. 1º da Lei n. 11.101, de 2005, de qualquer forma, ao afirmar que a Lei disciplina a recuperação judicial “do empresário e da sociedade empresária”, denominando-os apenas como “devedor”. Destarte, a conduta a ser regulada é sempre a do devedor, e a *empresa* nunca é a devedora.<sup>482</sup> Daí o art. 47 da LFRE afirmar que o objetivo da recuperação judicial é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, e não da empresa.

Acrescenta-se que a qualidade de empresário, como ensinado por Couto e Silva, “não é somente ‘ontológica’, pois resulta da inscrição no Registro das Empresas, uma vez preenchido os requisitos.”<sup>483</sup> Nesta senda, o art. 967 do CC estabelece como “obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.” E o art. 51, inciso VI, da LFRE, determina que a petição inicial seja instruída com a “certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores”.

<sup>479</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003, p. 19.

<sup>480</sup> Ibid., p. 20.

<sup>481</sup> Ibid., p. 22.

<sup>482</sup> Cf. Couto e Silva: “A empresa pode ser exercida por uma pessoa isoladamente, o empresário, pessoa física, ou por uma sociedade, e teremos, então, a sociedade empresária.” (COUTO E SILVA, 1986, p. 26).

<sup>483</sup> Ibid., p. 26.

*Ex positis*, pode-se conceituar o *empresário*, na e para a recuperação judicial, como a pessoa (física ou jurídica), portanto sujeito de direito, inscrita no Registro Público de Empresas Mercantis, cuja atividade profissional é a produção ou a circulação de bens ou de serviços, em conformidade com procedimentos previamente examinados e estruturalmente organizados, e não obstante o propósito de reaver o capital investido com lucro, encontra-se em crise econômico-financeira, estado em que não consegue adimplir as suas obrigações.

### 2.1.2 Sociedade empresária

O art. 981 do Código Civil estabelece: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

O art. 982 do Código Civil afirma que se considera “empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro”, porquanto “obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”, conforme prevê o art. 967 do mesmo Código. É com a inscrição que a sociedade “adquire personalidade jurídica” (art. 985, CC).

Os enunciados evidenciam que a celebração do contrato de constituição de sociedade empresária importa na criação, por um ato de vontade, de um novo sujeito de direito, cuja personalidade jurídica nasce com o registro, adquirindo patrimônio – grande ou pequeno – e vontade próprios, distintos das pessoas que a constituem,<sup>484</sup> as quais passam a ser classificadas como sócios.

Gonçalves Neto conceitua a *sociedade empresária* como uma “organização resultante de um negócio jurídico produzido pela formação da vontade de uma ou várias pessoas, para se interpor nas relações entre elas e terceiros, que o ordenamento chancela como modo de preencher uma determinada função – qual seja a de facilitar a prática de atos ou negócios jurídicos voltados à realização de certos fins econômicos por elas pretendidos.”<sup>485</sup> Penteadado, todavia, especifica que se trata de um contrato plurilateral, característico por visar “a melhor

<sup>484</sup> GONÇALVES NETO, 2008, p. 114.

<sup>485</sup> Cf. Gonçalves Neto “boa parte da doutrina alemã e para alguns autores italianos, como Francesco Messineo, o ato constitutivo da sociedade seria um acordo coletivo no qual várias pessoas, possuindo um mesmo interesse, atuam como uma só parte.” (Ibid., p. 117).



utilização dos bens, serviços e recursos postos em comum, através da cooperação das partes, tendo em vista seus interesses convergentes.”<sup>486</sup>

Daí lembrar que “não existem em direito interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, toda a disciplina jurídica concernente às pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina de interesses dos homens que as compõem”.<sup>487</sup>

A sociedade empresária constitui-se em um sujeito de direito em si mesma, (i) capaz de direitos e de obrigações na ordem civil; (ii) apto a exercer atividade organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, que não envolva profissão intelectual, podendo, no entanto, ter como objeto social a exploração rural;<sup>488</sup> (iii) dotado de vontade, direitos, obrigações e patrimônio próprios, não obstante a relação que há entre a sociedade e seus sócios.

A sociedade empresária é um elemento nuclear do direito empresarial e da própria economia, por serem muito expressivos os capitais que mobilizam e produzem, e pela habitualidade com que são utilizadas no exercício de atividades econômicas.<sup>489</sup> No entanto, nos enunciados normativos inexistente referência acerca da presença efetiva de elementos qualitativos e quantitativos na empresa como condicionantes para o enquadramento do conceito de sociedade empresária. Deste modo, plausível a tese de que bastaria ter por objeto social o exercício de atividade empresarial para que a sociedade seja empresária, “ainda que não a exerça ou que a exerça esporadicamente”.<sup>490</sup>

Assinala-se que esse aspecto também reforça a necessidade de se examinar, na recuperação judicial, a situação fática da atividade exercida pelo devedor, tendo em vista a aplicação dos princípios pertinentes ao instituto, em especial quanto ao princípio da preservação da empresa, que, *ut retro*, poderá, enquanto atividade, inexistir.

---

<sup>486</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Estudo introdutório ao livro de Celso Barbi Filho: dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 23.

<sup>487</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 355.

<sup>488</sup> O art. 971, do CC, autoriza a inscrição do empresário rural no Registro Público de Empresas Mercantis, como o que passa a se equiparar, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

<sup>489</sup> Nos termos do artigo 983 do C.Civ., as sociedades empresárias, por força do princípio da tipicidade, somente podem ser constituídas segundo os tipos legalmente previstos: a) sociedade em nome coletivo; b) sociedade em comandita simples; c) sociedade limitada; d) sociedade anônima ou companhia; e) sociedade em comandita por ações.

<sup>490</sup> GONÇALVES NETO, 2008, p. 114.

As sociedades empresárias reúnem pessoas que contribuem com seus bens para a realização de uma determinada atividade econômica, com a qual esperam não apenas gerar lucros, mas também maximizar o valor do capital investido, representado por quotas ou ações.<sup>491</sup> Daí a obrigação de a sociedade empresária, na qualidade de sujeito, reembolsar o sócio ou o acionista do valor da sua participação societária, contemplando, na apuração de seus haveres, o seu valor real.<sup>492</sup> Nas palavras de Hernani Estrella:

A determinação concreta da quota (ou apuração de haveres, como diz a Lei) se resolve num *facere*, por força do qual a sociedade (sujeito passivo) tem de *fazer* quanto caiba, pelo contrato ou pela Lei, a favor do sócio afastado (sujeito ativo), para que se chegue a determinar o exato montante de seus haveres.<sup>493</sup>

Esses aspectos são duplamente importantes para a recuperação judicial, porquanto (a) reclamam cuidados para não se transferirem os riscos assumidos pelos sócios ou acionistas na constituição da sociedade empresária e na formação de seu capital social para os credores, e (b) evidenciam o estreito elo, de caráter substancialmente privado, que aproxima o Direito das Obrigações e o Direito de Empresa no plano jurídico e no dos fatos, desde o ajuizamento da ação de recuperação judicial *usque* o seu término.

O art. 1º da Lei n. 11.101, de 2005, evidencia ser a *sociedade empresária* o sujeito destinatário das normas pertinentes à recuperação judicial do “devedor”. Enquanto o art. 187 da Lei n. 7.565, de 1986, estabelecia que “não podem impetrar concordata as empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos”, o art. 199 da LFRE autoriza que as “sociedades” prestadoras de serviços aéreos ingressem com pedido de recuperação judicial. Daí se vê que a nova Lei avançou na clarificação das expressões *sociedade empresária* e *empresa* enquanto sujeito e objeto de direito, respectivamente.

A Lei também evidencia a separação que há entre os sócios ou acionistas e a sociedade empresária quando, por exemplo, confere legitimidade àqueles para impugnar a relação de credores apresentada pelo administrador judicial, *ut* art. 8º, LFRE. Não obstante ter constado no art. 12, parágrafo único, da Lei n. 11.101, a possibilidade de o administrador apresentar

---

<sup>491</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

<sup>492</sup> O STJ, ao julgar o REsp 80481, no qual se discutia a legitimidade da sociedade para a causa cuja a pretensão era a apuração dos haveres do sócio em retirada, entendeu que a mesma existe, uma vez que o patrimônio da sociedade, e não o pessoal dos sócios, é que arcará com o pagamento do que for devido aos que se retiram. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 80481. Relator: Min. Barros Monteiro. DJ 17 dez. 1999).

<sup>493</sup> ESTRELLA, 1992, p. 126.

parecer sobre crédito acompanhado de laudo elaborado por “empresa especializada”, o art. 21, com maior precisão, faz uso da expressão “pessoa jurídica especializada” para se referir a uma possível qualidade do administrador judicial.

Desta maneira, pode-se conceituar a *sociedade empresária*, na e para a recuperação judicial, como a pessoa jurídica, portanto um sujeito de direito distinto de seus sócios,<sup>494</sup> inscrita no Registro Público de Empresas Mercantis,<sup>495</sup> que tenha como objeto social a produção ou a circulação de bens ou de serviços, presumidamente de forma organizada e efetiva, e não obstante o fito de obter lucro e a valorização do seu capital social, encontra-se em crise econômico-financeira, estado no qual não consegue adimplir as suas obrigações.

### 2.1.3 Empresa

A empresa, como atividade organizadora dos fatores de produção,<sup>496</sup> interessa ao direito e a todos os setores da sociedade,<sup>497</sup> cada qual lhe dedicando os tratamentos que lhes são próprios.<sup>498</sup> Conforme proposto por Asquini, e bastante reiterado pela doutrina, a empresa seria um fenômeno econômico poliédrico, despontando no direito sob quatro perfis: a) subjetivo, como sujeito de direito, identificando-se com a figura do empresário; b) objetivo, como objeto de direito, substanciado em seu conjunto de bens; c) corporativo, como relações jurídicas internas; e d) funcional, como a atividade desenvolvida de forma organizada.<sup>499</sup>

Assim, cumpre investigar o significado adotado para o conceito de *empresa* pela Lei n. 11.101, de 2005.

---

<sup>494</sup> O art. 190, da LFRE, inclui o sócio de responsabilidade ilimitada no conceito de devedor.

<sup>495</sup> O art. 51, inciso VI, da LFRE, determina que a petição inicial seja instruída com a “certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores”.

<sup>496</sup> Cf. Couto e Silva: “a organização, como decorrência da administração moderna, levou ao conceito de empresa.” (COUTO E SILVA, 1986, p. 28).

<sup>497</sup> Cf. Couto e Silva: “a empresa é apenas reconhecida pelo Direito, pois sua existência a ele antecede.” (Ibid., p. 21).

<sup>498</sup> GONÇALVES NETO, 2008, p. 49. Cf. Tokars, a empresa “não é objeto de tutela direta por parte do direito, não sendo, portanto, elemento de estudo por parte da ciência jurídica. Como objeto de investigação, a empresa está principalmente inserida no âmbito da ciência da administração de empresas.” (TOKARS, 2007, p. 429).

<sup>499</sup> Cf. Asquini: “O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta da definição legislativa;”. (ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 104, out./dez., 1996, p. 109-110.

A utilização da expressão *empresa* como significado de sujeito de direitos e obrigações na doutrina é um fenômeno comum.<sup>500</sup> O mesmo ocorre na legislação.

O art. 2º da CLT aduz que se considera “empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” O seu §1º ainda amplia o conceito de empresa com o intuito de nele incluir, “para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.”

O art. 4º da Lei n. 3.807, de 1960, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n. 5.890, de 1973, dispõe que, para os efeitos desta Lei, o conceito de empresa abrange, além do conceito de empregador, definido na CLT, “as repartições públicas autárquicas e quaisquer outras entidades públicas ou serviços administrados, incorporados ou concedidos pelo Poder Público, em relação aos respectivos servidores no regime desta Lei.”

No art. 175, parágrafo único, I, da CF, consta que a Lei irá dispor sobre “o regime das empresas concessionárias”. O art. 179 da CF determina que seja dispensado tratamento diferenciado “às microempresas e às empresas de pequeno porte”. O art. 173, §1º da CF reza que a “Lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública”. No inciso II, se lê: “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas”. No §2º: “As empresas públicas” não poderão gozar de privilégios fiscais. E no §3º: “A Lei regulamentará as relações da empresa pública”.

O art. 931 do CC estabelece que “os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.” O art. 978 do CC autoriza o empresário casado a alienar ou gravar, sem necessidade de outorga conjugal, “os imóveis que integrem o patrimônio da empresa”. O art. 1.504 do CC, que versa

---

<sup>500</sup> Cf. Sarlo: “A empresa é o centro de produção do modo capitalista – fonte geradora de riquezas deve, assim, ser o centro de responsabilização por débitos advindos de sua própria atividade.” (SARLO, Jorge Tarsis Nametala. *Manual das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 21). Cf. Camargo: “A despeito da franca resistência dos privatistas, a empresa será, para nós, sempre que não houver disposição legal em contrário, sempre sujeito de direito, porquanto titular de interesses completamente distintos dos do empresário em si mesmo.” (CAMARGO, 2010, p. 53).

sobre a hipoteca de vias férreas, dispõe que os credores hipotecários poderão se opor “à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer.”

A utilização da expressão *empresa* com o significado de sujeito de direito, da mesma forma, também é habitual nas decisões judiciais. No julgamento do REsp 1238890, cuja questão central versava sobre a aplicação de multa por autoridade administrativa em face de descumprimento de obrigações legais, o STJ ratificou o entendimento, de que, no direito previdenciário, “o conceito de empresa é ampliativo, demonstrando o legislador, dessa maneira, a sua intenção de abarcar toda e qualquer pessoa física ou jurídica, bem como entes desprovidos de personalidade própria, desde que contratem empregados.”<sup>501</sup>

Ao julgar o REsp 1162307, a exemplo de tantos outros recursos em que se questionava a contribuição para o salário-educação pelas pessoas que admitiam trabalhadores como empregados, o STJ salientou que o conceito de empresa deve ser, no que se refere à matéria, compreendido em sua dimensão abrangente, de modo que a empresa, como sujeito passivo, abrange todas as entidades (privadas ou públicas, ainda que sem fins lucrativos ou beneficentes) que admitam trabalhadores como empregados ou que simplesmente sejam vinculadas à Previdência Social, ainda que não se classifiquem como empresas em sentido estrito (comercial, industrial, agropecuária ou de serviços). Por isso, entendeu que uma associação esportiva deveria ser considerada, nesta seara, como uma empresa.<sup>502</sup>

Do referido julgado depreende-se que para e no direito previdenciário o STJ considera não apenas *empresa* e *empresário* como sinônimos no sentido de sujeito de direito, como amplia o conceito de empresa para incluir toda e qualquer pessoa ou entidade que possua empregados, independente de haver ou não qualquer atividade econômica ou escopo de lucro, de modo que tal critério – contratar empregados – não parece ser determinante para se classificar uma pessoa como empresária.

O STJ, ao julgar o REsp 842781, reiterou que o produtor-empregador rural pessoa física, quando constituído como pessoa jurídica, com registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ –, não se enquadra no conceito de empresa, para fins de incidência do

---

<sup>501</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., REsp 1238890. Relator: Min. Humberto Martins. *DJe* 24 maio 2011.

<sup>502</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª S. REsp 1162307. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe* 03 dez. 2010.

salário-educação.<sup>503</sup> A decisão deixa claro que empresa deve, no caso, ser compreendida como uma categoria jurídica de pessoas.

O conceito amplo de empresa também foi invocado pelo STJ para nele incluir o cartório e seu titular, por força do art. 15, parágrafo único da Lei n. 8.212, de 1991, sendo, portanto, sujeitos passivos da contribuição para a manutenção da seguridade social, instituída pela LC nº 84, de 1996.<sup>504</sup> A pretensão era para desobrigar o Cartório e o seu titular de pagar a contribuição em face de eles não serem nem pessoas jurídicas, nem empresas, portanto, não seriam sujeitos passivos da obrigação. A Corte não a acolheu, porquanto o argumento estava fundado no “conceito econômico de empresa”, contudo, o Direito Previdenciário possui definição própria de empresa, consubstanciada no art. 15, parágrafo único da Lei n. 8.212, e com uma amplitude muito maior, pois abarca não só as pessoas jurídicas, como também o contribuinte individual e a “entidade de qualquer natureza ou finalidade”.

Ao apreciar o REsp 662397, o STJ julgou que as receitas decorrentes de atividade de comercialização e de locações de bens imóveis, por se inserirem no conceito de faturamento da empresa, sujeitam-se à incidência do PIS e da Cofins, a teor das disposições constantes na Lei n. 70, de 1991 e na Lei n. 9.718, de 1988.<sup>505</sup> Neste caso, ao mencionar “faturamento da empresa”, o Tribunal revela que considera a empresa como a pessoa responsável pelo faturamento, como se tivesse dito: o faturamento da pessoa jurídica ou da sociedade empresária.

O STJ, no julgamento do REsp 334829, utilizou a expressão empresa para informar que as incorporadoras estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor: “[...] porquanto a empresa enquadra-se no conceito de fornecedora de produto (imóvel) e prestadora de serviço (construção do imóvel nos moldes da incorporação imobiliária).”<sup>506</sup> Ao afirmar que a empresa é fornecedora de produto e prestadora de serviço, o Tribunal Superior diz que é a empresa quem fornece e presta o serviço, como se dissesse: a pessoa jurídica ou a sociedade empresária fornece e presta serviço.

---

<sup>503</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. REsp 842781. Relatora: Mina. Denise Arruda *DJ* 10 dez. 2007.

<sup>504</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. AgRg no Ag 757759. Relator: Min. José Delgado. *DJ* 17 ago. 2006.

<sup>505</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 662397. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 01 fev. 2005.

<sup>506</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 334829. Relatora: Mina. Nancy Andrigui. *DJ* 04 fev. 2002.

A empresa como sujeito de direito é citada, até mesmo em Súmulas do STJ, como se vê: a) Súmula 130: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento.”<sup>507</sup> b) Súmula 283: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de usura.”<sup>508</sup> c) Súmula 435: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”<sup>509</sup>

Por tais motivos, edificante a glosa de Couto e Silva:

A concepção da empresa como “unidade econômica”, e não como “unidade jurídica”, reside na circunstância de o conceito de pessoa jurídica ser próprio e exclusivo do Direito.

[...] a definição jurídica de ‘grupo de empresas’ supõe uma pluralidade de pessoas jurídicas, de sociedades, e uma unidade econômica, que não afasta a aludida pluralidade.<sup>510</sup>

Logo, entende-se que a conceituação de *empresa* como sujeito de direito – perfil subjetivo –, confundindo-a com o *empresário* ou a *sociedade empresária*, apesar de ter-se tornado lugar comum, não é, tecnicamente, a mais apropriada, mormente, quando a sua utilização se dá no Direito das Obrigações e no Direito de Empresa, Livro I e Livro II, respectivamente, da Parte Especial do Código Civil.<sup>511</sup>

A legislação, em algumas ocasiões, ainda se refere à empresa como a um objeto. O art. 678, do CPC, menciona que a “penhora de empresa” poderá ocorrer “sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio”. A penhora, por natureza, somente pode recair sobre coisas, deixando-se, assim, flagrante que a empresa, para o Código, é passível de ser penhorada. No entanto, teria sido mais preciso o texto legal se tivesse mencionado a penhora de bens de propriedade da sociedade ou do empresário, podendo ocorrer sobre a renda,

<sup>507</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2010, p. 81.

<sup>508</sup> Ibid., p. 91.

<sup>509</sup> Ibid., p. 101.

<sup>510</sup> COUTO E SILVA, 1986, p. 22.

<sup>511</sup> Cf. Couto e Silva: “considerar a empresa como sujeito de direito é ainda excepcional, muito embora haja tentativas de superar o conceito de sociedade, colocando em igualdade de situações o capital e o trabalho.” (Ibid., p. 29).

determinados bens ou todo o patrimônio, porquanto a empresa em si não parece passível de ser descrita em um auto de penhora.

O art. 222, da CF, restringe a “propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão” aos brasileiros natos ou naturalizados. A propriedade é sempre exercida sobre uma coisa em sentido amplo. O texto, por certo, refere-se à propriedade de pessoa jurídica cuja atividade social seja jornalística e de radiodifusão.

O art. 2º da Lei n. 6.404, de 1976, assegura que “pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à Lei, à ordem pública e aos bons costumes.” Novamente, o sentido de *empresa* parece ser o de atividade empresarial, não obstante esta ser considerada o objeto social da companhia ou da sociedade anônima, sempre empresária por força de Lei.

Ao julgar o REsp 594927, que versava sobre a possibilidade de se realizar a penhora sobre o valor correspondente ao faturamento de uma sociedade empresária, acrescentando-se à questão a ausência de nomeação de administrador, o STJ explicitou o seu entendimento acerca da empresa sobre diferentes prismas. Dentre os quais, revelou o Superior Tribunal de Justiça que, sendo inequívoca a caracterização da empresa exercida por empresário e sujeito de direito – “embora seja uma abstração enquanto entidade jurídica – *tertius genus*, para Orlando Gomes; ente *sui generis*, conforme lição de Waldírio Bulgarelli e Ricardo Negrão; objeto de direito, segundo Rubens Requião” – “a empresa merece tutela jurídica própria.”<sup>512</sup>

O conteúdo do acórdão acima referido indica que para o STJ a empresa, embora não seja um ente com personalidade jurídica, deve, ela própria, ser tutelada juridicamente. Isso significa dizer que o Tribunal pode julgar conflitos de interesse não focalizando propriamente o direito das Partes, mas sim os efeitos que serão gerados na continuidade da atividade empresarial exercida por um dos litigantes. Nesta senda – de atividade empresarial –, correto, então, falar-se da empresa como objeto de tutela jurídica, e por isso relevante considerá-la na solução do caso concreto em que, no mínimo, um dos sujeitos é empresário ou sociedade empresária.

---

<sup>512</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 594927. Relator: Min. Franciulli Netto. DJ 30 jun. 2004.



A empresa como relações corporativas é a concepção que poderia fazer com que o conceito de empresa correspondesse às relações entre as pessoas vinculadas à atividade empresarial. Ulhoa Coelho registra que o “perfil corporativo, por sua vez, sequer corresponde a algum dado da realidade, pois a idéia de identidade de propósitos a reunir na empresa proletários e capitalistas apenas existe em ideologias populistas de direita, ou totalitárias (como a fascista).”<sup>513</sup> Para Penteado, o perfil corporativo, citado por ele como “interesses extra-societários ou empresariais”, revelaria o emprego da expressão empresa “em um de seus significados jurídicos mais relevantes, o institucional, dado que reside no art. 47 a regra basilar” acerca da função social da empresa.<sup>514</sup>

A atividade empresarial, de qualquer forma, é abrangente, de modo que as relações subjetivas, internas e externas, estão por ela contempladas, não sendo adequado, por outro lado, reduzi-la a tais relações. O direito empresarial brasileiro não recepciona o conceito de empresa apenas em face de suas relações, as quais se constituem, *de facto*, em um dos fatores de produção ou de circulação de bens ou serviços em uma economia de mercado, podendo ou não, sobressair-se, com relação a tantos outros fatores, na análise de alguma empresa determinada, diante de circunstâncias concretas.

A empresa como atividade desponta no texto do art. 966 do Código Civil, que conceitua o empresário em face do exercício de uma atividade econômica. Que atividade seria esta? A atividade empresarial revela o seu caráter dinâmico, daí se falar em exercício e não apenas em atividade. A empresa como uma atividade econômica existe enquanto movimento organizado para a produção e circulação de bens ou serviços. Assim, mesmo na concepção da empresa como um objeto organizado pelo empresário, ele não seria estático, porque as forças produtivas estão organizadas e em movimento, o que as afasta do conceito de *estabelecimento*,<sup>515</sup> cujo caráter estático é mais saliente.

---

<sup>513</sup> COELHO, 2005, p. 5, nota 12.

<sup>514</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários ao art. 1º da LFRE. In SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005*: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

<sup>515</sup> Cf. Ulhoa Coelho, os perfis – subjetivo e objetivo – não seriam mais que outra denominação para os conhecidos institutos de sujeito de direito (empresário) e estabelecimento. (COELHO, op. cit., p. 5).

O art. 21, XI, da CF, dispõe que compete à União “explorar [...] os serviços de telecomunicações”, no inciso XII, novamente consta a expressão “explorar”. E no art. 173: “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”.

O exercício da atividade conecta e confere movimento a todos os elementos imprescindíveis para que se possa realizar o que os titulares, de forma direta ou por meio de seus representantes, se propuseram quando da delimitação do objeto social e dos investimentos, com o intuito de valorizar o capital e granjear lucros – *animus lucrandi*. Dentre estes elementos, também passíveis de serem denominados como fatores de produção, em sentido amplo, encontram-se, por exemplo: máquinas, equipamentos, instalações, clientes, patentes, marcas, procedimentos, fornecedores, empregados, sócios, conhecimentos, habilidades, relacionamentos, crédito, reputação, gestão, certificações, práticas de governança corporativa, comitês, credibilidade *et alii*. O rol exemplificativo, elaborado por Tokars, bem ilustra esse quadro:<sup>516</sup>

- a) a estruturação jurídica do empresário, seja como empresário individual, seja em virtude da adoção de alguma das modalidades de sociedades empresárias;
- b) a reunião dos elementos materiais necessários ao desenvolvimento da atividade empresarial, envolvendo maquinário, equipamentos, mobiliário, instalações, etc.
- c) a celebração de contratos de natureza diversas, envolvendo desde os de locação, de arrendamento mercantil ou de franquia (contratos empresariais típicos) até os contratos de trabalho;
- d) a busca de reconhecimento e proteção jurídica aos elementos criativos que impulsionam a atividade empresarial, como as marcas e invenções;
- e) o trabalho no sentido da máxima adequação dos elementos materiais envolvidos no desenvolvimento da atividade, possibilitando o seu maior aproveitamento possível;
- f) a proximidade de fontes de matéria-prima e de vias de escoamento de produtos;
- g) o aperfeiçoamento técnico dos administradores, bem como a busca por administradores qualificados.

A empresa como exercício de atividade econômica encontra respaldo na doutrina nacional. Para Ulhoa Coelho: “a empresa só pode ser a atividade” econômica e organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.<sup>517</sup> E Gonçalves Neto: a empresa como organização dos fatores de produção predisposta ao exercício da atividade econômica de

---

<sup>516</sup> TOKARS, 2007, p. 430.

<sup>517</sup> COELHO, 2005, p. 10.

produção ou circulação de bens ou de serviços passou a servir como núcleo identificador do conjunto de regras destinadas a normatizar a atuação dos agentes econômicos.<sup>518</sup>

Vicenzo Buonocore, conforme Verçosa, leciona que os elementos distintivos do empresário – “(i) exercício de uma *atividade*; (ii) a *natureza econômica* da atividade; (iii) a *organização* de uma atividade; (iv) a *profissionalidade* do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo); e (v) a finalidade da *produção ou troca de bens ou serviços* (elemento objetivo)” – são constitutivos da “*fattispecie* ‘empresa’”, cujo significado é “um instituto jurídico autônomo dotado de tratamento próprio”, e, neste sentido, a empresa é “ao mesmo tempo, o fundamento do Direito Comercial e o elemento unificador de todos os institutos que nesta matéria são tradicionalmente compreendidos. Isto porque no texto do art. 2.082 do CCIt, fundamentalmente idêntico ao nosso, encontrar-se-ia, antes de tudo, a definição de ‘empresa’, presente no verbo ‘exercitar’.”<sup>519</sup>

Peter Ashton, apoiado na doutrina de Fritz Rittner, assinala que a “empresa para o direito econômico é uma unidade produtiva, econômica e autônoma. Produz bens econômicos *lato sensu*, quer dizer mercadorias e serviços. Sua unidade é formada pelo responsável da empresa, sujeito que tem responsabilidade jurídica e econômica por toda a empresa. [...] A empresa é autônoma/independente, pois o seu responsável tem fundamentalmente liberdade quanto às decisões a serem tomadas e que vão afetar a empresa.”<sup>520</sup> O jurista alemão, de um lado, coloca os atos de vontade presentes e influentes na empresa sob a responsabilidade da pessoa que a controla, afastando de seu conceito a concepção subjetivista, e, de outro, reconhece a empresa como uma unidade econômica submetida às decisões e vicissitudes inerentes ao seu movimento produtivo.

Da mesma forma, inúmeras as decisões judiciais que conceituam a empresa como uma atividade. O REsp 623367 tinha como objeto saber se o ECAD, uma associação civil, era contribuinte do imposto sobre serviço de qualquer natureza tipificado no art. 8º do Decreto-Lei n. 406, de 1968. O STJ entendeu que a ausência (i) de exploração de qualquer atividade econômica e (ii) do intento lucrativo, não permite a sua subsunção ao conceito jurídico de empresa, o qual, por não ter sido expressamente definido pelo Código Civil, deve ser tido

<sup>518</sup> GONÇALVES NETO, 2008, p. 51.

<sup>519</sup> VERÇOSA, 2004, p. 119. Neste sentido, de empresa como elemento unificador, é que deve ser compreendida a expressão *empresa* quando se diz Direito de Empresa.

<sup>520</sup> ASHTON, 2006b, p. 185.

como “o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, devendo a expressão nuclear “exercício profissional da atividade econômica” ser compreendida como “a exploração de atividade com finalidade lucrativa”.<sup>521</sup>

Ao apreciar a possibilidade jurídica de efetuar-se a penhora sobre o valor correspondente a 30% do faturamento de uma sociedade empresária, no julgamento do REsp 594927, o STJ, além de ter reconhecido a atividade empresarial como objeto de tutela jurídica, entendeu que: a) a empresa deve ser entendida como a atividade econômica organizada profissionalmente para a produção, circulação e distribuição de bens, serviços ou riquezas; b) o capital e a organização do trabalho são dois dos elementos principais da empresa; c) o percentual de 30% do faturamento de um empresário é fator que impede a organização da sua atividade econômica com regularidade e habitualidade, sendo passível de penhora o valor correspondente a 5% do faturamento; d) a ausência de um administrador nomeado pelo juiz para gerir tal procedimento também importa em afronta à norma que determina que a execução ocorra na forma menos gravosa para o devedor, *ut* art. 620, do CPC; e) a penhora sobre o faturamento de uma sociedade empresária deve ser a última alternativa a ser adotada em um processo de execução, pois implica verdadeiro óbice à existência da empresa; f) o ordenamento jurídico confere proteção especial ao exercício da empresa, mormente o novo Código Civil, por intermédio do Livro II, com a criação do novo Direito de Empresa; e g) a empresa deve ser compreendida em sintonia com a doutrina de Cesare Vivante e Alfredo Rocco.<sup>522</sup>

Cesare Vivante, ao desenvolver a teoria da empresa no direito italiano (cf. *Trattato de Diritto Commerciale*. 4. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1920) congregou os fatores natureza, capital, organização, trabalho e risco como requisitos elementares a qualquer empresa.

No mesmo sentido, Alfredo Rocco salienta a importância da organização do trabalho realizada pelo empresário e adverte que a empresa somente pode ser caracterizada quando a produção é obtida mediante o trabalho de outrem, a ser recrutado, fiscalizado, dirigido e retribuído exclusivamente para a produção de bens ou serviços (cf. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1931).

A *empresa*, como se depreende dos apontamentos acima, deve ser compreendida, em especial na seara do Direito de Empresa, como uma atividade econômica, na qual todos os

<sup>521</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 623367. Relator: Min. João Otávio de Noronha, DJ 09 ago. 2004.

<sup>522</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 594927. Relator: Min. Franciulli Netto. DJ 30 jun. 2004.

elementos que a compõem – tangíveis e intangíveis – estão posicionados e conectados uns aos outros em virtude da natureza do objeto social eleito pela sociedade empresária, por meio de seus sócios, ou pelo empresário, cuja consecução é a sua *ratio essendi*, fonte primária dos resultados econômico-financeiros aspirados pelos titulares do capital social, de modo imediato, e, em diferentes graus, por todos que se beneficiam da sua continuidade. Por isso, como acima frisado, a empresa constitui-se em objeto peculiar, especial, *sui generis* de tutela jurídica.<sup>523</sup>

Por conseguinte, pode-se dizer que a empresa, enquanto atividade empresarial, é objeto de tutela jurídica específica, excepcional, *sui generis*; e não objeto no sentido de uma coisa, bem, patrimônio, pois neste sentido o objeto caracteriza-se por seu caráter, predominantemente, estático, permanente, e, ainda, passível de ser possuído, apropriado ou negociado como conteúdo imediato de um ato jurídico (Direito das Coisas, Livro III, do C. Civ.).<sup>524</sup> Nesta vereda, o Direito de Empresa acolhe apenas o perfil objetivo mencionado por Asquini.<sup>525</sup>

Cumpra avançar no conceito de *empresa* na e para a recuperação judicial. No Projeto de Lei n. 4.376, de 1993,<sup>526</sup> há dispositivos que mencionam a expressão *empresa* com o significado de sujeito de direito. O art. 1º menciona que a “Lei regula [...] a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas Leis comerciais.” O art. 12 cita: “meios de recuperação da empresa”. E o art. 49: “Considera-se falida a empresa”. O art. 2º, contudo, utiliza a expressão *empresa* com o sentido de atividade econômica: “[...] podem requerer concordata preventiva e recuperação da empresa a pessoa jurídica de natureza civil que explore atividade econômica [...].”

---

<sup>523</sup> À mesma conclusão, outros chegaram. Como, Ulhoa Coelho: “Na verdade, no direito brasileiro, “empresa” deve forçosamente ser definida como atividade, uma vez que há conceitos legais próprios para empresário (C.Civ., art. 966) e estabelecimento (C.Civ., art. 1.142). Estas faces do polidrico fenômeno descrito por Asquini, entre nós, devem ser adequadamente referidas pelos termos que o legislador a elas reservou. Ademais, como deflui do conceito legal de empresário, “empresa” só pode ser entendida mesmo como uma atividade revestida de duas características singulares: é econômica e é organizada.” (COELHO, 2005, p. 6).

<sup>524</sup> Cf. Couto e Silva: “Em verdade, existe uma tensão permanente entre o elemento subjetivo e objetivo da empresa, sem que se possa tutelá-la como “empresa em si”. (COUTO E SILVA, 1986, p. 24).

<sup>525</sup> Cf. Couto e Silva: “Nem sempre se leva na devida conta o fato de a empresa poder ser vista como objeto ou sujeito de direito.” (Ibid., p. 29).

<sup>526</sup> BRASIL, 1993.

A ausência de uniformidade quanto aos conceitos-chave foi, ao menos em parte, percebida pela Comissão de Assuntos Econômicos – CAE – do Senado Federal quando da análise do PLC n. 71, de 2003, referente à recuperação judicial:

Salienta-se também a falta de uniformidade terminológica em alguns pontos da Lei n.. Apesar de o art. 1º definir como devedor os empresários, as sociedades empresárias e as sociedades simples, o projeto sói utilizar o termo empresa (art. 11, VI, b, art. 15, II, art. 50, caput, V, XIV, XVI, art. 51, VIII, IX, e X, e art. 59, IV, b, entre outros) para se referir ao devedor.<sup>527</sup>

No entanto, a própria CAE, ao rejeitar a proposta de emenda n. 131, acerca da possibilidade de a Fazenda Pública ingressar com pedido de falência contra empresário ou sociedade empresária devedora de tributos, fez uso da expressão “requerer a falência de empresas”.<sup>528-529</sup>

A doutrina, não raro, utiliza, quando se refere tanto à concordata, quanto à recuperação judicial, a expressão *empresa* no sentido de sujeito de direito, bem como o sujeito a ser recuperado por meio do processo judicial de recuperação.<sup>530</sup> Não se trata apenas da definição precisa de um termo técnico, mas sim dos efeitos gerados pela imprecisão no plano analítico, empírico e normativo, *id est*, nas três dimensões que unificam a ciência jurídica.<sup>531</sup> Ao dar-se a um objeto, mesmo que juridicamente tutelável, a condição de sujeito de direito,<sup>532</sup> o que nunca foi, uma vez que todas as obrigações sempre foram firmadas com o devedor (empresário ou sociedade empresária), cometer-se-á o equívoco, dentre tantos outros, de focar

<sup>527</sup> BRASIL, 1993, p. 17.

<sup>528</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>529</sup> Cf. Parecer da CAE: “2) Separação dos conceitos de empresa e de empresário: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.” (BRASIL. Senado Federal. 2003, p. 55). De fato, empresa e empresário são conceitos distintos. No entanto, parece, em face dos fundamentos acima aduzidos, equivocada a ideia de que mesmo com a falência é possível se preservar a empresa. O próprio parecer evidencia que se refere à alienação do estabelecimento, o qual integrará uma atividade empresarial diversa, exercida por outra pessoa. A empresa deve ser compreendida de modo abrangente.

<sup>530</sup> Cf. Mandel: “Enquanto a antiga legislação falimentar concedia à empresa devedora o remédio da concordata preventiva para evitar a falência, que na verdade se tratava somente de moratória imposta aos credores, a nova legislação teve a preocupação de criar normas que buscam viabilizar a recuperação da empresa [...]” (MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 93). Cf. Altemani: “Em sentido literal a expressão recuperação de empresas pertine à recuperação da atividade produtiva.” (ALTEMANI; SILVA, 2006, p. 32).

<sup>531</sup> ALEXY, 2008, p. 37.

<sup>532</sup> Cf. Couto e Silva: “a noção da empresa como objeto do direito levou a modificações mais importantes, ao acentuar não só o aspecto subjetivo dos titulares do capital como, também, o aspecto objetivo, da tutela da organização.” (COUTO E SILVA, 1986, p. 24-25).

a viabilidade de superação da crise econômico-financeira no objeto, e não na pessoa que se encontra em tal estado, do que resultará, antecipa-se, em omissão – ao menos parcial – quanto: (i) às relações econômico-jurídicas que antecedem, circundam e possibilitam a atividade empresarial, contudo não são, naturalmente, de sua responsabilidade; (ii) às conexões de natureza jurídica, econômica e social que há entre credor, devedor, empresa e estabelecimento.

A Lei n. 11.101, de 2005, também menciona a expressão empresa como objeto, não no sentido de objeto de tutela jurídica *sui generis*, mas sim de coisa, matéria, bem ou patrimônio. O desacerto está, por exemplo, no art. 50, no qual o legislador sugere alguns dos meios de recuperação passíveis de serem implantados, em seu inciso XIII, lê-se: o “usufruto da empresa”. O art. 140, I, acerca da ordem de alienação dos bens, prevê a “alienação da empresa, com venda de seus estabelecimentos em bloco”; o inciso II, a “alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente”. O art. 140, § 3º, estabelece: “A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a transferência de contratos específicos.”

A LFRE, por outro lado, refere-se com acerto à empresa como atividade empresarial, então, nesta senda, em sintonia com o Direito de Empresa contido no Código Civil. Exemplifica-se. No art. 27, II, c, consta: “bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.” No art. 64: “condução da atividade empresarial”. No art. 65: “assumirá a administração das atividades do devedor”. O art. 75 – primeiro artigo do Capítulo V da Lei n. 11.101, de 2005, cuja denominação é “Da Falência” – estabelece que “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.” E o art. 105 cita: “atividade empresarial”.

Todos os dispositivos em que a expressão *empresa* é citada como objeto, lhe é atribuído o significado posto no Direito de Empresa para *estabelecimento*.<sup>533</sup> Destarte, *verbi*

---

<sup>533</sup> Em sentido contrário, Bertoldi: “a LRE se preocupa em manter a atividade empresarial, ainda que haja falência, permitindo-se a alienação da organização a outro empresário ou sociedade que continue a atividade sob bases eficientes.” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2009, p. 472).

*gratia*, o art. 50, inciso XIII, ficaria, sob o prisma técnico, mais preciso e claro se mencionasse o usufruto do estabelecimento, e não da empresa. A atividade empresarial é abrangente e complexa demais para ser objeto de usufruto. Ademais, quando a Lei n. 11.101 menciona a empresa como atividade empresarial, o faz em sintonia com o Direito de Empresa, evidenciado, claramente, que é neste sentido que o instituto da recuperação judicial o recepcionou, posto que cometidos inúmeros deslizes, como visto.

As distinções efetuadas por Jorge Lobo quanto à *sociedade*, à *empresa* e ao *estabelecimento* na Lei n. 11.101, de 2005, embora contenham pontos controvertidos na doutrina, como, por exemplo, a empresa alicerça-se na teoria institucionalista, é didática acerca das distinções que há entre o significado das três expressões na e para a ciência jurídica:

- (a) A sociedade é ser; a empresa, atividade produtiva economicamente organizada;
- (b) A sociedade é sujeito de direito; a empresa, objeto de direito;
- (c) A sociedade é forma; a empresa, conteúdo;
- (d) A sociedade é instituto jurídico; a empresa, fenômeno econômico;
- (e) A sociedade alicerça-se na teoria do contrato plurilateral; a empresa, na teoria institucionalista;
- (f) A sociedade é a personificação da empresa; a empresa, concretude da sociedade; e
- (g) A sociedade pode ter um ou mais estabelecimentos empresariais, continuando a existir mesmo que venda um, alguns ou todos.<sup>534</sup>

O STJ, no julgamento do AgRg nos EDcl no CC 87263, reconheceu que falta competência ao juiz da execução fiscal para redirecioná-la contra empresário ou sociedade empresária que adquiriu ativos do devedor em regime de recuperação. No entanto, o acórdão deixa de zelar pela clareza conceitual, e trata a atividade empresarial como se sujeito de direito fosse: “Não está na alçada do juiz da execução fiscal redirecioná-la contra empresa que, tutelada por decisão judicial, adquiriu ativos de empresa em regime de recuperação judicial com a garantia de que não responderia por obrigações desta”.<sup>535</sup>

A recuperação judicial estrutura-se também com conceitos jurídicos, os quais devem absorver e refletir o conteúdo valorativo e normativo de seus princípios,<sup>536</sup> desta forma, frisa-

<sup>534</sup> LOBO, 2009, p. 184-185.

<sup>535</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg nos EDcl no CC 87263. Relator: Min. Ari Pargendler, *DJe* 21 nov. 2008.

<sup>536</sup> Cf. Canaris: “[deve] ser ordenado um sistema de conceitos jurídicos correspondente aos princípios.” (CANARIS, 2002, p. 83).



se que na e para a Lei n. 11.101, de 2005, *empresário e sociedade empresária* são os únicos sujeitos de direito com legitimidade para ajuizar a ação de recuperação judicial.<sup>537</sup> *A empresa* é a atividade empresarial, tida como objeto juridicamente tutelável *sui generis*, em face da sua função social e relevância para a ordem econômica; não como coisa passível de ser objeto imediato de um negócio jurídico. Isso porque, quando se transfere ou se aliena, o objeto do negócio são as quotas ou as ações representativas do capital social da sociedade, ou, então, os bens ou ativos de propriedade desta, todos passíveis de serem descritos, mesmo enquanto elementos de uma universalidade de fato.

#### 2.1.4 Estabelecimento

A legislação e as decisões do STJ, em algumas ocasiões, conferem ao conceito de *estabelecimento* um caráter subjetivo, a ponto de se falar em estabelecimento como pessoa jurídica. No entanto, isto não tem ocorrido na seara do direito empresarial propriamente dito, mas sim em ramos do direito que se caracterizam por fazer uso de conceitos com sentido bastante amplo, como o previdenciário e o trabalhista. Cabe exemplificar.

O art. 3º do DL n. 9.853, de 1946, estabelece que os “estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio [...] serão obrigadas ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social do Comércio, para custeio dos seus encargos”. O art. 4º do DL n. 8.621, de 1946, prevê que para “o custeio dos encargos do SENAC os estabelecimentos comerciais [...] ficam obrigados ao pagamento mensal de uma contribuição equivalente a um por cento (1%) sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos seus empregados.”

Ao julgar o REsp 887238, o STJ assinalou que o Código Civil criou “a nova figura do empresário, atribuindo a esse conceito uma amplitude muito maior do que a noção de comerciante, limitada àquele que pratica atos de comércio, pois, abarcará atividades econômicas diversas, incluindo-se, dentre elas, pela preponderância do setor nos dias atuais, a prestação de serviços com fins lucrativos, exercida com habitualidade e profissionalismo.” Devendo, no caso, em que se julgava a obrigatoriedade de contribuir para o SESC e para o SENAC, ser tal conceito compreendido como uma “mera interpretação atual do mesmo

---

<sup>537</sup> Em caráter extraordinário, a LFRE confere legitimidade *ad causum* ao cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente (art. 48, parágrafo único).

conceito de "estabelecimento comercial" contemplado pelos decretos de 1946, que instituíram as contribuições para o SESC e o SENAC", sendo inadequado se falar em "tributação somente a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002."<sup>538</sup>

O Título III do Livro II do Código Civil tem como objeto o "estabelecimento", cujo conceito está no art. 1.142: "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizados, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária".

Da interpretação dos enunciados dos artigos 1.142, 1.143, 1.145 e 1.146 do Código Civil extraem-se significados e características essenciais para a compreensão do *estabelecimento* para o Direito de Empresa:<sup>539</sup>

a) Estabelecimento é uma universalidade de bens no plano fático, cuja razão de existir, no modo e nas condições em que os bens se encontram organizados, é viabilizar o exercício de uma determinada atividade empresarial.

b) O vínculo que une os bens, inclusive economicamente, é a destinação comum. O critério-base de verificação quanto à integração ou não de um elemento ao estabelecimento é a análise quanto a sua afetação à atividade empresarial.<sup>540</sup>

c) Trata-se de uma universalidade de fato,<sup>541</sup> já que devem ser percebidos como uma unidade. O estabelecimento não se confunde com um ou outro bem, corpóreo ou incorpóreo,<sup>542</sup> não obstante possa ser convertido em bens ou coisas menores, mantendo ou não uma determinada ordem.

---

<sup>538</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. REsp 887238. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJ 30 nov. 2006. A decisão se refere ao DL n. 9.853/46 e ao DL n. 8.621/46.

<sup>539</sup> Três conceitos para estabelecimento, formulados ainda sob a ótica do Código Comercial de 1850, são transcritos por Tokars: "Segundo a clássica conceituação de *Carvalho de Mendonça*, estabelecimento comercial (ou industrial) é o "complexo de meios materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio". *Waldemar Ferreira* definiu que o estabelecimento é "a universalidade de bens constituintes do organismo por via do qual o comerciante exercita sua função medianeira entre a produção e o consumo". De maneira mais abrangente, afirma *João Eunápio Borges* que "para o exercício do comércio, mesmo rudimentar e modesto, três coisas são necessárias ao comerciante: capital, trabalho e organização. Ao conjunto destas coisas que servem ao comerciante para a prática de sua profissão é que se denomina estabelecimento comercial". (TOKARS, 2007, p. 446).

<sup>540</sup> *Ibid.*, p. 432.

<sup>541</sup> BORBA, 1999, p. 37.

<sup>542</sup> TOKARS, op. cit., p. 432.

d) O estabelecimento é objeto de direito, no sentido de coisa, bem, matéria ou patrimônio, podendo ser, no todo ou em partes, objeto de negócios jurídicos translativos ou constitutivos. Deste modo, o estabelecimento é passível de ser penhorado por dívidas de responsabilidade do empresário ou da sociedade empresária, conforme o caso concreto. Nesta vereda, deve ser compreendida a Súmula 451 do STJ: “É legítima a penhora da sede de estabelecimento comercial.”<sup>543</sup>

e) A aquisição de estabelecimento importa em responsabilidade pelo pagamento dos débitos anteriores a sua transferência.

f) O estabelecimento existe de forma independente da atividade empresarial. Ou seja, pode-se ter o estabelecimento sem empresa, basta que o exercício da atividade ainda não tenha iniciado ou já tenha sido encerrado.

No que tange à seara da recuperação judicial, o art. 3º da Lei n. 11.101, de 2005, fixa a competência do juízo “do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.” O art. 49, §3º, afasta dos efeitos da recuperação judicial os créditos relacionados a determinados negócios jurídicos, contudo, também impede “a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial” durante a suspensão de 180 dias prevista no art. 6º, §4º. O art. 50 sugere que o plano de recuperação possa fazer uso do “trespasse ou arrendamento de estabelecimento”.

A alienação de estabelecimento empresarial, prevista no plano de recuperação, aprovado pela assembleia geral de credores e homologado judicialmente, é incentivada pela Lei n. 11.101, de 2005, que expressamente prevê regras sobre: (i) a cessão e a transferência judicial de estabelecimento empresarial (art. 50, VII, e art. 140, I, II); (ii) a liberação de gravames extrajudiciais e judiciais (art. 60, parágrafo único, e art. 141, II); (iii) a ausência de responsabilidade do adquirente, inclusive quanto ao passivo de natureza tributária (art. 60, parágrafo único, e art. 141, II). Anota-se que para o STF não há inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas na aquisição do estabelecimento do devedor.<sup>544</sup>

---

<sup>543</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2010, p. 102.

<sup>544</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3934-2. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJ-e* 06 nov. 2009.

Todos os dispositivos da LFRE indicam que *estabelecimento* é um objeto, no sentido de coisa, logo, passível de ser arrendado, transferido, cedido, alienado etc.<sup>545</sup> Assim, a redação do inciso V, art. 52, da LFRE, quando prevê a intimação do Ministério Público e da Fazenda Pública de todos os Estados e Municípios “em que o devedor tiver estabelecimento”, seria tecnicamente aperfeiçoada se passasse a dizer: *em que o devedor tiver filial, agência, escritório ou unidade produtiva em funcionamento*.

Como se depreende dos apontamentos acima, o conceito de *estabelecimento* contido no Direito de Empresa, foi recepcionado pela LFRE, alterando-se apenas os efeitos advindos de sua alienação. Destarte, para e na recuperação judicial, *estabelecimento* constitui-se em um complexo de bens organizados para a realização da atividade empresarial, passível de ser arrendado ou alienado, portanto objeto de negócios jurídicos constitutivos ou translativos, conforme a sua natureza, sem que isso importe na sucessão de responsabilidades pelo adquirente.

As expressões *empresário*, *sociedade empresária*, *empresa* e *estabelecimento*, quando doravante mencionadas, terão o significado que lhes foi especificado acima.

## 2.2 DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A SUA NATUREZA E CONCEITO

### 2.2.1 Investigação e apontamento dos elementos essenciais da recuperação judicial

Quais são os elementos inerentes ao instituto da recuperação judicial que podem ser classificados, em última análise, como essenciais?

Cabe, antes, informar que *elemento essencial* é aquele que, cumulativamente: (i) se afastado pelo legislador – ou mesmo pela jurisprudência – forçará uma alteração na natureza jurídica e no conceito do instituto; (ii) é comum a todas as ações de recuperação judicial, independentemente de suas variáveis fático-jurídicas; e (iii) sempre circundará a recuperação judicial, porquanto vinculado a sua natureza, conceito, objetivos e princípios.

<sup>545</sup> Cf. Verçosa: “empresário se é; empresa se exerce; e estabelecimento se possui.” (VERÇOSA, 2004, p. 174). Cf. Barreto Filho: “O *empresário* [...] é um sujeito de direito, e a *empresa* é a atividade por ele organizada e desenvolvida, através de um instrumento adequado que é o *estabelecimento*.” (BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 115).

O ponto de partida para a identificação de tais elementos é o texto da Lei n. 11.101, de 2005. Da análise minuciosa de cada um dos seus dispositivos, cabe, aqui, sintetizar aqueles que mais se aproximam da natureza jurídica do instituto, ou efetivamente a definem. Assim, se faz:

a) O *empresário* e a *sociedade empresária*, como sujeitos, (art. 1º) têm legitimidade para pleitear a concessão da recuperação judicial (art. 48 e art. 95). O rol de pessoas legitimadas poderá, ao menos em tese, ser alterado pelo legislador, passando a incluir, *verbi gratia*: (i) a sociedade em comum,<sup>546</sup> por meio de seus sócios, quando exerça atividade empresarial; (ii) a parceria agrícola,<sup>547</sup> por meio dos parceiros, quando exerça atividade empresarial;<sup>548</sup> (iii) a cooperativa, exceto de crédito, quando a assembleia geral dos associados decidir pela recuperação judicial.<sup>549</sup> Nos exemplos (i) e (ii) ficaria dispensada a inscrição no Registro Público de Empresas (art. 51, V, LFRE), e a existência de sociedade em comum ou parceria agrícola provar-se-ia por meio de provas documentais. As alterações não tocariam a essência do instituto. Ademais, só é possível se falar em legitimidade para a pretensão quando a tutela pretendida for passível de identificação no Direito positivo, pois este antecede aquela. Tais argumentos são suficientes para se verificar que *empresário* e *sociedade empresária* não se constituem em elementos essenciais da recuperação judicial.

b) A LFRE exige diversos *requisitos* para o ajuizamento e trâmite da ação. Exemplifica-se, para: o deferimento do processamento do pedido (art. 51); a concessão (art. 58); a sentença de encerramento (art. 63). Todos os requisitos, contudo, podem vir a ser

<sup>546</sup> Cf. Fères: “A sociedade em comum, em suma, quanto a ser empresária ou simples, orienta-se pela mesma natureza de seu objeto. Trata-se de critério material. Se vocacionada a exercer atividade própria de empresário, assim também se qualificará; no mais, será simples.” (FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum*: disciplina jurídica e institutos afins. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100).

<sup>547</sup> Art. 4º do Decreto n. 59.566, de 1966: “Parceria rural é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou finalidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativista vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para criar, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha de riscos de caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (art. 96, VI, do Estatuto da Terra).” Por menor, ver: PROENÇA, Alencar Mello. *Direito agrário*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 192-198.

<sup>548</sup> Cf. Couto e Silva: “o Código Civil italiano é mais analítico e regula minuciosamente a empresa agrícola, disciplinando os contratos rurais de mezzadria, a colônia parziaria, a soccida, para, enfim, dispor a respeito das empresas comerciais e de outras empresas sujeitas a registro.” (COUTO E SILVA, 1986, p. 26).

<sup>549</sup> Cf. Camargo: “As cooperativas constituem empresas desprovidas de intuito lucrativo, traduzindo a união de esforços no sentido de reconhecer a identidade de algumas das necessidades das pessoas que a ela se dedicam [...]” (CAMARGO, 2010, p. 161). Entende-se como correta a assertiva de que as Cooperativas não almejam o lucro, no entanto, equivoca-se o autor ao considerar a empresa como o sujeito de direito, pelas razões aduzidas no item 2.1.3 deste capítulo.

alterados sem que a essência do instituto seja impactada. Ilustra-se: (i) para requerer o pedido de recuperação, o devedor não poderá tê-lo obtido há menos de 5 (cinco) anos (art. 48, II). O legislador tinha e tem a faculdade de fixar o prazo de 4 (quatro) ou 6 (seis) anos; (ii) alteração da lei poderá vir a dispensar a “relação dos bens particulares dos sócios controladores” (art. 51, VI). Enfim, todas as *condições* ou *requisitos* exigidos pela Lei – sejam quanto à legitimidade, às situações fáticas do devedor, aos documentos, à anuência de parte dos credores, à concordância do devedor –, são elementos viabilizadores (processuais ou materiais) da ação, pertinentes ao seu procedimento, que, preenchidos em conformidade com a norma vigente, possibilitarão que o pedido formulado pelo devedor seja deferido pelo Juiz. Portanto, as *condições* ou *requisitos* estabelecidos na Lei n. 11.101, de 2005, não são, em última análise, elementos essenciais à natureza e ao conceito da recuperação judicial.

c) A LFRE dispõe que o devedor apresentará um *plano*, no qual demonstrará a “sua viabilidade econômica” (art. 53, II). Sugere, ainda, 16 meios que poderão ser incluídos no plano com o intuito de solevar o devedor (art. 50). O plano, no entanto, somente é relevante por constar na norma, não por fazer parte da essência do instituto. O legislador poderia alterar as regras sobre o plano, ou mesmo dispensá-lo. No primeiro caso, por exemplo, o plano poderia passar a ser de responsabilidade do administrador judicial, que teria 20 dias, a contar do despacho inicial, para apresentar ao juiz as ações a serem tomadas pelo devedor até a data da assembleia geral, a qual teria sua data marcada já no despacho inicial, não podendo ser superior a 40 dias, e na qual o administrador submeteria aos credores e ao devedor o plano por ele confeccionado, explicitando os fundamentos subjacentes ao exame de viabilidade efetuado no caso concreto. No segundo caso, o legislador dispensaria o devedor de apresentar qualquer plano, contudo, fixar-lhe-ia as metas de adimplemento, como, por exemplo, a cada ano, a contar do despacho inicial, o valor correspondente a 10% (dez por cento) de seus débitos, em todas as classes, e com relação a todos os seus credores, teria de ser pago. Quando o valor do débito fosse inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil) ou de natureza trabalhista, o valor pago anualmente passaria a corresponder a 25% (vinte e cinco por cento). O inadimplemento importaria na falência do devedor, se requerido pelo credor e não pago em 30 dias. Nos casos em que o devedor demonstrasse a sua especial relevância social, em face do segmento, produto, tecnologia, arrecadação, postos de trabalho etc., o juiz poderia readequar as metas de adimplemento. Assim, não mais sealaria na recuperação judicial, em plano, mas sim em condições pré-estabelecidas na lei, que de antemão poderiam ser avaliadas

pelo devedor, ao longo de sua travessia pelo estado de crise. Em conclusão, o *plano* não é um elemento essencial.

d) No art. 1º consta: “Esta Lei disciplina [...] como devedor.” A expressão *devedor*, como utilizada na LFRE, significa o empresário ou a sociedade empresária que deixou de adimplir as suas obrigações, encontrando-se em mora. Neste sentido, *devedor* não é um elemento essencial, porquanto a lei não impede que o empresário ou a sociedade empresária ingresse com uma Ação de Recuperação Judicial mesmo sem que haja qualquer dívida passível de ser dele exigida, uma vez que todas as suas obrigações foram pagas no vencimento, e as demais ainda não venceram. *In thesi*, é admissível pleitear a recuperação judicial quando, não obstante a ausência de qualquer inadimplemento, o empresário já detectou no horizonte a ausência de recursos suficientes para adimplir grande parte das obrigações vincendas. A crise já existe, apesar de não ter atingido o ponto em que se tornará perceptível para todas as pessoas com quem o empresário ou a sociedade possuem vínculos ou negócios. Daí se dizer que *devedor*, nos termos supraexpostos, não é um elemento essencial para a configuração da natureza jurídica da recuperação judicial.

e) A LFRE, como não poderia deixar de ser, faz uso da expressão *credor* em muitos dos seus dispositivos. Todavia, como aduzido acima (letra d), se for considerado credor apenas o titular de um crédito exigível, então poderá haver recuperação sem credor. Ainda sobre outro ângulo, poderá haver recuperação sem que muitos credores, titulares de créditos líquidos, vencidos e não pagos participem do processo judicial, como, por exemplo, os retardatários. Mais, os credores de quantias ilíquidas não participam da recuperação judicial.<sup>550</sup> A figura do *credor* não é um elemento essencial para o instituto da recuperação judicial.

f) Com atenção a todos os atos processuais supracitados (letra b), e tantos outros constantes na LFRE, cabe registrar que o art. 189 prevê a aplicação, no que couber à recuperação judicial, do Código de Processo Civil, e que, nos termos do art. 58, apenas e tão somente o “juiz concederá a recuperação judicial”. Percebe-se que é o processo judicial que dá continente à pretensão de recuperação judicial, estrutura-lhe e poder-lhe-á dar vida plena

---

<sup>550</sup> Cf. Bertoldi e Ribeiro: “De plano, o credor que poderá ter seu crédito habilitado na recuperação judicial será um credor por título líquido. É necessário que o direito invocado esteja confirmado ou num título executivo extrajudicial ou por sentença líquida, título executivo judicial.” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2009, p. 505).

(existência, validade e eficácia). O processo “é, em si mesmo, uma estrutura, um continente, constituído por um conjunto de atos que, como o seu nome indica, atuam em forma de sequência e desenvolvimento.”<sup>551</sup> Não há recuperação judicial sem processo judicial.<sup>552</sup> E qualquer outro tipo ou espécie de recuperação que poderá ocorrer sem o processo não é a judicial. O legislador não pode retirar o processo sem alterar a natureza jurídica e o conceito do instituto, logo, o *processo judicial* é um de seus elementos essenciais. O centro do Direito está no fato de ele “positivamente conferir direitos e impor deveres.”<sup>553</sup> A possibilidade de os direitos e os deveres serem defendidos ou efetivados através de meios jurídicos é o que lhes confere o caráter de jurídico, “o que hoje praticamente significa, dada a íntima ligação entre Direito e Estado, que eles, sendo necessário, podem fazer-se valer perante as autoridades judiciais e administrativas.”<sup>554</sup> *In casu*, por se tratar de um processo específico, peculiar, extraordinário,<sup>555</sup> pode-se dizer, com maior precisão, que o *processo judicial sui generis* é um dos elementos essenciais do instituto da recuperação judicial.

g) O conceito *empresa*, compreendida como a atividade empresarial, e, neste sentido, objeto de tutela jurídica, está nas entranhas do art. 47 da LFRE. A recuperação judicial encontra na possibilidade de o devedor adimplir as suas obrigações e manter a atividade empresarial por ele exercida a sua razão de ser e a sua razão jurídica – *ratio essendi* e *ratio iuris*. Caso seja retirado o elemento *empresa*, então não mais de recuperação judicial poder-se-á falar. A *empresa* é um dos elementos essenciais do instituto.

h) O art. 47 da LFRE estabelece que a recuperação judicial objetiva a superação de uma “situação de crise econômico-financeira”. A situação de crise, como já referido (letra d) e como mais adiante se aprofundará, longe de ser um fato isolado, é o resultado, ela própria, de

<sup>551</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999, p. 17.

<sup>552</sup> Cf. Epstein, Nickles e White: “Bankruptcy law is also the Bankruptcy rules. [...] In theory, these rules deal only with the process, only with procedural and not substantive matters.” (EPSTEIN; NICKLES; WITH, 1993, p. 4).

<sup>553</sup> ENGISCH, 2008, p. 32-33.

<sup>554</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>555</sup> Sobre se tratar a concordata e a falência de procedimento especiais: “O STF, ao tempo das antigas concordatas dispostas no revogado Decreto-lei n. 7.661/45, já decidiu, nestes termos: ‘Procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. Óbice do art. 325, V, C, do RISTF. São todos esses procedimentos (exceto os ressalvados expressamente), inclusive os de leis extravagantes, fora do CPC, como os de falência e concordata. Precedentes do Tribunal. Agravo regimental improvido (STF, 1ª T., Ag. Reg. no AI n. 105.411/SP, rel. Min. Oscar Correa, j. 13.09.1985, DJU 01.10.1985, p. 17.209). No mesmo sentido: RTJ 107/379, 109/768 e 109/808.’” (RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 60).



um processo que, lenta ou aceleradamente, converge para uma situação de escassez de recursos. A crise pode já estar plenamente instalada, ou no campo de visão, aproximando-se do empresário ou da sociedade. No entanto, ela sempre estará presente quando se tratar de recuperação judicial. A crise restringe os benefícios advindos do exercício da atividade empresarial, e, se aguda for, conduz a sua paralisação. Contribuir com o empresário ou sociedade para que ele a supere, sem restringir excessivamente a eficácia e a efetividade dos direitos passíveis de serem dele exigidos, é um dos objetivos nucleares do instituto. Este objetivo foi definido a partir do obstáculo, e, para conquistá-lo, é que foi constituído o subsistema jurídico da recuperação judicial. Sem obstáculo, não haveria objetivo a superar, logo, não haveria espaço, tampouco pertinência, para se falar em recuperação judicial. A *situação de crise econômico-financeira* é um dos elementos essenciais da recuperação judicial.

i) Todas as vezes que no texto da Lei n. 11.101, de 2005, constar, entre outras, as expressões *devedor, credor, comitê, assembleia geral, plano, créditos, dívidas, arrendamento mercantil, alienação fiduciária, reserva de domínio, compromisso de compra e venda de imóvel, falência, reserva de valores, ações, execuções, quadro-geral, pagamento, rateio, caução, coobrigados, fiadores, obrigados de regresso, venda, garantia real, certidões negativas, alienar, onerar, adimplida, cobrança, juros, classe, falsidade, dolo, simulação, fraude e erro essencial, estar-se-á*, de um modo ou outro, se referindo à existência de *obrigações*. Os conteúdos, as condições e as formas inerentes às *obrigações* adquirem especificidades enquanto submetidas aos efeitos de uma ação de recuperação judicial, todavia, não há como se falar em recuperação quando inexistirem obrigações, vencidas ou não. Pactuar obrigações jurídicas (pagar, fazer ou entregar) é condição para o exercício da atividade empresarial. Não as cumprir, nos termos pactuados, é efeito da crise econômico-financeira. Assim, não havendo obrigações, não há atividade empresarial, não há crédito nem débito, não há sujeito ativo nem sujeito passivo, não há crise e muito menos a necessidade de superá-la por meio de um instituto que requer processo judicial, porquanto “obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor”, e o adimplir representa a liberação.<sup>556-557</sup> As *obrigações* constituem-se em um dos elementos essenciais da recuperação judicial.

---

<sup>556</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 44.

<sup>557</sup> Cf. Ascarelli: “Quizá en ningún campo como en este de la parte general de las obligaciones, el derecho comercial se presenta fragmentario y lleno de lagunas, y el cometido del comercialista está limitado a algunas

A expressão *obrigação* pode ser compreendida, na esfera do Direito, em seu sentido *lato* “como sinônimo de *dever jurídico* e de *sujeição* ou *estado de sujeição*. Em um significado ainda mais amplo, abranger-se-á também o *onus jurídico*.”<sup>558</sup> E em seu sentido *stricto*, como relações obrigacionais. Neste sentido, diz-se que *obrigação* é “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”, a qual “deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal”.<sup>559</sup> A obrigação em sentido *stricto* se relaciona com a obrigação em sentido *lato* por meio do *dever jurídico*, categoria a qual integra.<sup>560</sup> Daí Almeida Costa lecionar:

[...] ao dever jurídico imposto ao sujeito passivo (*devedor*) corresponde um direito subjectivo do sujeito activo (*credor*). O vínculo ou liame que une os dois lados do fenómeno constitui a chamada *relação de obrigação*, *relação obrigacional*, ou apenas *obrigação*.<sup>561</sup>

O objeto imediato da obrigação consiste na “actividade ou conducta a que o devedor se acha adstrito com vista à satisfação do interesse do credor”, enquanto o objeto mediato “reside na coisa ou facto (positivo ou negativo) que deve ser prestado”, trata-se, assim, “do próprio objecto da prestação”.<sup>562</sup> A *obrigação* é eficácia de fato jurídico,<sup>563</sup> e dirige-se ao ato que a satisfaça.<sup>564</sup> Seu objeto “é a prestação e esta sempre constitui um ato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo.”<sup>565-566</sup>

*Ex positis*, conclui-se que os elementos acima examinados são relevantes, porém, essenciais, porquanto direta e estreitamente conectados à natureza e ao conceito do instituto,

---

consideraciones acerca de las conclusiones alcanzadas por el civilista.” (ASCARELLI, Tulio. *Introducción al derecho comercial y parte general de las obligaciones comerciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1947a, p. 234-235).

<sup>558</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 55.

<sup>559</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>560</sup> *Ibid.*, p. 11 e p. 59.

<sup>561</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>562</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>563</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 83.

<sup>564</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>565</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>566</sup> Com a expressão *obrigação como processo* Couto e Silva salientou os aspectos dinâmicos contidos no conceito de dever, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si conectam-se com interdependência, podendo percebê-la, assim, como um todo e como processo, através do qual o vínculo se desdobra em direção à satisfação dos interesses do credor, sobretudo quando há separação entre o plano do desenvolvimento (direito das obrigações) e do adimplemento para a transmissão da propriedade (direito das coisas). (*Ibid.*, p. 5-11).

e, ainda, aos objetivos e aos princípios constitutivos do subsistema jurídico da recuperação judicial, são os seguintes:<sup>567</sup>

- a) Processo judicial *sui generis*;
- b) Empresa;
- c) Crise econômico-financeira;
- d) Obrigações.<sup>568</sup>

A conexão entre todos os elementos essenciais pode assim ser resumidamente descrita: a recuperação judicial emerge da necessidade de se tentar cooperar com o empresário ou com a sociedade empresária para a superação da *crise econômico-financeira* em que se encontra, e cujos efeitos irradiam-se forte e negativamente sobre a *empresa* que se quer preservar, e sobre as *obrigações* que se quer satisfazer, de modo que, para tanto, é imprescindível um *processo judicial sui generis*.

### 2.2.2 Identificação da natureza jurídica da recuperação judicial

Qual a natureza jurídica do instituto da recuperação judicial?

Para Jorge Lobo, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico. No entanto, entende ele que é “porque suas normas não visam precipuamente a

<sup>567</sup> Cf. Restiffe, “quando não houver possibilidade de abertura de falência ou liquidação coativa, não há de se falar em recuperação judicial de empresas”, uma vez que a ação é “para prevenir a decretação da falência”. (RESTIFFE, 2008, p. 242). Da colocação poder-se-ia extrair um elemento essencial – “possibilidade de abertura de falência” –, ocorre que o legislador poderia alterar a lei, e estabelecer que a ação de recuperação, quando não aprovado ou cumprido o plano, será extinta, sem a decretação de falência, levantando-se a suspensão quanto às ações, execuções e prazos prescricionais, por exemplo. Isso não alteraria a natureza e os elementos essenciais vinculados ao instituto e expostos neste trabalho. A liquidação coativa, por sua vez, funda-se no inadimplemento de obrigações certas, líquidas e exigíveis, e não propriamente na ação de recuperação.

<sup>568</sup> Não obstante Almeida Costa salientar que o direito das obrigações corresponde a direito de crédito, porque os “termos equivalem-se, enquanto contemplam a mesma realidade, embora encarada de ângulos diversos”, uma vez que “a expressão direito das obrigações destaca o aspecto passivo da relação jurídica, a existência de um vínculo, o cumprimento de um dever; ao passo que a designação de direitos de crédito põe em relevo o seu lado activo, o poder de uma pessoa exigir de outra um determinado comportamento”, adota-se neste trabalho a expressão *obrigações* para se referir a qualquer compromisso de responsabilidade do devedor, como, v.g., obrigação de fazer ou de não fazer, de dar, de dar coisa certa, de dar coisa incerta, que somente em caráter excepcional serão convertidas em dinheiro, e a expressão *crédito* para a obrigação de pagar quantia líquida e certa. (ALMEIDA COSTA, 2003, p. 11). A maior amplitude da primeira expressão com relação à segunda foi também percebida por Almeida Costa: “Estas designações [...] podem ainda ser utilizadas não para indicar um único crédito e a dívida correspondente, mas no sentido de uma relação obrigacional complexiva, de onde derivam vínculos jurídicos singulares. Por exemplo, a relação de compra e venda, a relação de sociedade, a relação de locação.” (Ibid., p. 62).

realizar a ideia de justiça, mas, sobretudo, criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores”.<sup>569</sup> Os motivos invocados pelo autor não parecem ser os mais apropriados, porquanto: a) a crise é do devedor e não da empresa; b) a restrição dos direitos dos credores não parece justificar uma prevalência definitiva ou incondicional em favor da preservação da empresa; c) nada consta sobre o que seria a concepção de justiça deixada em segundo plano pela recuperação judicial da empresa.<sup>570-571</sup>

Jorge Lobo entende, ainda, que a natureza jurídica da recuperação judicial caracteriza-se “por uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método”,<sup>572</sup> assim explicada: (i) é um ato coletivo processual porque as vontades do devedor, manifestada na petição inicial, e de seus credores, declaradas expressa ou tacitamente, “marcham paralelas”, se “completam” e se “fundem em uma só”, “formando uma e única vontade unitária”, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário (LRE, arts. 35, I; 42; 45; 47; 51, III; 55; 56; 58 e 59); (ii) “é um favor legal porque garante ao devedor, atendidos pressupostos e requisitos, formais e materiais, o direito de sanear o estado de crise econômico-financeira [...] benefício legal que produz efeito desde o deferimento da petição inicial da ação de recuperação com a suspensão ‘de todas as ações e execuções’ pelo prazo de cento e oitenta dias (art. 6º, *caput* e § 4º)”; e, ainda, (iii) “é uma obrigação *ex lege* porque, concedida pelo juiz, por sentença (art. 58), ‘implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ela sujeitos, sem prejuízo das garantias’ que possuam (art. 59, *caput*).”<sup>573</sup>

Paes de Almeida assinala que a natureza jurídica da recuperação judicial, apesar dos seus “elementos próprios, não perde, entretanto, a sua feição contratual, envolvendo com os

<sup>569</sup> LOBO, 2009, p. 128.

<sup>570</sup> Ratifica-se que o Direito não trabalha com valores absolutos, tampouco poder-se-ia falar em uma justiça absoluta. Neste sentido, recorda-se Kelsen: “La pregunta fundamental: ¿qué es lo que cada uno puede considerar realmente como “lo suyo”?, queda sin respuesta. De aqui que el principio “a cada uno lo suyo” sea aplicable únicamente cuando se supone que esta cuestión está ya resuelta de antemano; y sólo puede estarlo mediante una orden social que la costumbre o el legislador han establecido como moral positiva u orden jurídico. [...] En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mi es la justicia.” (KELSEN, 2006a, p. 29 e p. 51-52).

<sup>571</sup> Cf. Nusdeo: “Em termos de política econômica, a expressão justiça vem basicamente identificada a uma preocupação pela redistribuição de renda, a partir do pressuposto de o mercado funcionar, em geral, como um mecanismo concentrador desta.” (NUSDEO, 2008, p. 177).

<sup>572</sup> LOBO, op. cit., p. 125.

<sup>573</sup> *Ibid.*, p. 124.

credores compromissos de pagamentos a serem satisfeitos na forma estabelecida no respectivo plano.”<sup>574</sup> A natureza contratual também é adotada por Milani, com apoio em Marzagão:

Tem-se, portanto, que, não obstante o pedido de recuperação judicial estar sujeito a direção e homologação da autoridade judiciária competente, a fundamental representatividade e participação dos credores na decisão de aprovação do plano de recuperação da empresa imprime-lhe uma *natureza contratual*.<sup>575</sup>

Franco e Sztajn entendem que a natureza jurídica da recuperação judicial seria a natureza, de um lado, do plano, e, de outro, da sua homologação.<sup>576</sup> A referência ao entendimento de doutrinadores estrangeiros, por elas efetuada, amplifica a diversidade de opiniões sobre a natureza de congêneres da recuperação judicial. Na Itália, Isabel Candelario Macías entende que “o plano tem caráter misto, abrangendo tanto fatores contratuais quanto processuais.” Na Espanha, Alberto Núñez-Lagos “nega a natureza contratual do convênio, afirmando que na nova lei espanhola não surge tão claramente a existência do elemento contratual básico, do acordo de vontades”, e ressalta “o aspecto processual do convênio e o controle da legalidade pelo juiz que lhe permite recusar as propostas que não atendam aos requisitos legais.” Na Alemanha, Wolfgang Breuer assinala que “a natureza jurídica do plano ainda não foi determinada, embora enfatize a natureza contratual”, assim como Ulrich Foerste, o qual itera que “para a opinião dominante, o plano de recuperação judicial é um contrato celebrado entre os credores e o devedor, ou seu representante, vinculando tanto os credores que com ele assentiram quanto o devedor.”<sup>577</sup>

Para Bertoldi, a “recuperação judicial se caracteriza, antes de tudo, por sua natureza processual, sendo a ação de recuperação uma demanda constitutiva, na medida em que cria uma situação jurídica nova ao devedor e aos credores envolvidos.”<sup>578</sup> A natureza processual é acentuada também por Restiffe: a “recuperação judicial de empresas tem natureza jurídica de prestação que o Estado-juiz há de fazer a quem exerça a pretensão à tutela jurídica, invocando a pretensão à recuperação de empresas”, de forma que a “relação jurídica formada entre

---

<sup>574</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 305.

<sup>575</sup> MARZAGÃO, Lídia Valério. apud MILANI, 2011, p. 199.

<sup>576</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 234.

<sup>577</sup> FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 232-233.

<sup>578</sup> BERTOLDI; RIBEIRO, 2009, p. 479.

devedor e seus credores na recuperação judicial de empresas não decorre de negócio jurídico, mas nasce da tutela jurisdicional prestada.”<sup>579</sup>

Bezerra Filho, além de notar o processo judicial, salienta o caráter econômico do instituto: “a recuperação, apesar de se tratar de um procedimento judicial, ainda assim tem um substrato de caráter marcadamente econômico, mais que jurídico.”<sup>580</sup>

Os apontamentos acima realizados revelam que a doutrina (i) confere à natureza do instituto definições inconciliáveis; (ii) é tímida quanto à demonstração dos argumentos e copiosa quanto à diversidade de posições; (iii) não aspira a definir a natureza jurídica da recuperação judicial a partir de seus elementos essenciais, como parece ser o mais adequado, já que estes determinam aquela.

Antes de se avançar, é importante dar um passo atrás para assinalar que o Direito Concursal “es el conjunto de las normas legales que regulan las consecuencias jurídicas del hecho económico de la quiebra. En sentido económico, quiebra significa la situación en que se encuentra un patrimonio que no puede satisfacer las deudas que sobre él pesan. ‘Estar en quiebra’ quiere decir no poder pagar íntegramente a todos los que tienen derecho a ser pagados; es un estado de desequilibrio entre los valores realizables y los créditos por pagar”.<sup>581</sup> Do ensinamento de Garrigues depreende-se que para e no Direito Concursal o inadimplemento das obrigações ganha relevo como um fato econômico.

Do Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos – CAE –, quando da elaboração do PLC n. 71, de 2004, extrai-se que a natureza jurídica do instituto estaria relacionada ao processo judicial, à superação de dificuldades e à atividade empresarial:

A lei de falências que se analisa tem dupla natureza: por um lado, traz normas de direito processual, indispensáveis à boa condução das falências e das recuperações de empresa. Por outro, prevê regras de direito material, estabelecendo em que hipóteses e sob que condições as pessoas e as sociedades em dificuldade têm direito à tutela do Estado para se recuperar e, caso isso não seja possível, como deve ser conduzido o processo para que sejam afastadas das atividades empresariais.<sup>582</sup>

---

<sup>579</sup> RESTIFFE, 2008, p. 243.

<sup>580</sup> BEZERRA FILHO, 2009, p. 42.

<sup>581</sup> GARRIGUES, 1987, v. 5, p. 5.

<sup>582</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

Assim, pode-se dizer que na recuperação judicial a conexão entre os seus elementos essenciais – *processo judicial sui generis; empresa; crise econômico-financeira; obrigações* – se dá por força de um fenômeno econômico-financeiro.<sup>583-584</sup> E “não existe fenômeno econômico fora de um nicho institucional”.<sup>585</sup> Para o Direito, as trocas inerentes à atividade econômica constituem-se, sobretudo, em relações obrigacionais,<sup>586</sup> cujo caráter patrimonial pode ser visto sob dois ângulos: a) a exigência de que a prestação devida tenha natureza econômica; b) o inadimplemento somente confere ao credor a possibilidade de agir apenas contra o patrimônio do devedor.<sup>587</sup>

Prossegue-se. A principal interface entre a ciência jurídica e a ciência econômica é realizada pelo Direito das Obrigações, como já identificado por Almeida Costa: “as obrigações permitem o tráfico jurídico – quer dizer, a troca de bens, de prestação de coisas ou de serviços, operada segundo as normas do direito – e constituem, indubitavelmente, o meio adequado para realizá-lo”.<sup>588</sup>

Ainda:

O direito das obrigações representa, fora de dúvida, o ramo que mais patenteia a solidariedade entre a ciência jurídica e a ciência econômica. Na verdade, a perspectiva do economista é essencialmente dinâmica, os bens e serviços interessam-lhe pelo seu movimento, desde a produção até ao consumo; e esse circuito econômico realiza-se basicamente por meio do mecanismo dos vínculos obrigacionais ou creditícios.<sup>589</sup>

De outro lado, o art. 47 da Lei n. 11.101, de 2005, prevê que a recuperação judicial objetiva promover “o estímulo à atividade econômica.” O art. 24, I, da CF confere competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre o Direito Econômico, o que o revela como um ramo próprio do Direito.

<sup>583</sup> Cf. Waldemar Ferreira, na concordata: “Une-os a comunidade de interesses, resultante de estado de fato, de origem econômica.” (FERREIRA, 1966, p. 265).

<sup>584</sup> Cf. Nusdeo: “[...] os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização – *nomos* – a presidir a atividade desenvolvida na *oikos* ou num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o *nomos* nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito.” (NUSDEO, 2008, p. 177).

<sup>585</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>586</sup> Cf. Almeida Costa, é por meio do direito das obrigações, “muito mais do que através de qualquer outro, que se verifica, entre os homens, o indispensável fenômeno da colaboração econômica.” (ALMEIDA COSTA, 2003, p. 116).

<sup>587</sup> *Ibid.*, p. 11 e p. 83.

<sup>588</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 116.

<sup>589</sup> *Ibid.*, p. 122.

O Direito Econômico abrange (i) as normas e os institutos que viabilizam a ordem econômica, (ii) a organização e o comportamento das empresas nos mercados, e (iii) as funções correspondentes do Estado.<sup>590</sup> Segundo Rinck, o Direito Econômico é o “sistema de leis e medidas estatais destinado a dirigir, incentivar ou limitar a atividade profissional empresarial.”<sup>591</sup> De acordo com Nusdeo, o Direito Econômico é um ramo *sui generis* do Direito, uma vez que “tem uma particularidade toda dele, que deriva do fato de as suas normas, em grande número de casos, estarem inseridas formalmente em outros ramos jurídicos, marcando-os porém com o seu caráter específico de normas instrumentais de política econômica.”<sup>592</sup>

A simbiose parcial realizada pelo Direito Econômico entre o Direito público e o privado,<sup>593</sup> por meio da qual a liberdade de contratar, o direito à propriedade e todos os outros institutos do direito privado integram-se para exercer “funções que se estendem à ordem econômica geral de um país”, funda-se, mormente, “no fato que o Estado, também o Estado Social, deve deixar o ‘laborar na economia’ (*Wirtschaften*) fundamentalmente a cargo do indivíduo, se o Estado, como Estado de Direito, deseja garantir a liberdade e a igualdade dos seus cidadãos.”<sup>594</sup> Nesta vereda, é que Nusdeo assinala:

O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto.<sup>595</sup>

Destarte, embora a compreensão jurídico-normativa da conduta do empresário ou da sociedade empresária, no que tange à atividade empresarial, passa pelas suas conexões com o Estado, porquanto tudo que se refere à economia interessa ao Estado,<sup>596</sup> não se deve considerar o instituto da recuperação judicial como um desdobramento de um direito público da economia, como se a função primária daquele fosse a promoção dos direitos sociais. Neste sentido, oportuno o alerta de Gonçalves Neto:

---

<sup>590</sup> ASHTON, 2006b, p. 174.

<sup>591</sup> RINCK, Gerd. apud *Ibid.*, p. 169.

<sup>592</sup> NUSDEO, 2008, p. 207.

<sup>593</sup> ASHTON, op. cit., p. 173.

<sup>594</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>595</sup> NUSDEO, op. cit., p. 188.

<sup>596</sup> ASHTON, op. cit., p. 158.



[...] sua essência (do direito de empresa) está na regulação das relações jurídicas privadas, entre empresários e entre estes e os destinatários de suas atividades. A regulação do mercado, das práticas que se refletem no campo macroeconômico, não está pelo direito de empresa abrangida.<sup>597</sup>

O Direito encontra-se no plano normativo, e sua efetividade se dá no plano fático, onde ocorre a atividade econômica, tida como a administração de recursos escassos para o atendimento das necessidades humanas, e sobre a qual a economia se debruça para estudar o “comportamento humano, as relações e os fenômenos decorrentes de tal atividade, exercida “em sociedade permanentemente confrontada com a escassez.”<sup>598</sup> Por isso que Direito e Economia são disciplinas relacionadas, não sendo fácil indicar o ponto preciso em que se influenciam.<sup>599</sup> O que, de modo algum, pode ser confundido com “uma radical funcionalização do Direito, despojando-o de valores ético-sociais.”<sup>600</sup> Tal confusão conduziria a um raciocínio apoiado na precificação da dignidade humana, o que é inconcebível.

As conexões materiais entre *empresa*, *obrigações* e *crise econômico-financeira*, inseridas dentro do contexto exposto, evidenciam que a recuperação judicial é abrangida pelo Direito Econômico. E o *processo judicial*?

O processo de recuperação judicial inicia-se com a provocação do Judiciário por meio do ajuizamento da ação pelo empresário ou pela sociedade empresária. A *ação*, no sentido processual, pode ser compreendida como uma “faculdade de provocar a atuação do Poder Judiciário. Trata-se, neste caso, de um poder jurídico, diverso do Direito e da demanda em sentido formal, destinado a provocar a atividade estatal, através de seus órgãos competentes, no sentido da declaração coativa de um direito.”<sup>601</sup>

Desse modo, a ação é uma forma típica do direito constitucional de petição, passível de ser exercido mesmo por aqueles que “não têm direito subjetivo material a valer”,<sup>602</sup> que afeta concomitantemente o Direito público e o privado, e “no qual o juiz não é um auxiliar do direito, mas sim um protagonista do mesmo.”<sup>603</sup>

---

<sup>597</sup> GONÇALVES NETO, 2008, p. 63.

<sup>598</sup> NUSDEO, op. cit., p. 28.

<sup>599</sup> Ibid., p. 30

<sup>600</sup> ALMEIDA COSTA, 2003, p. 123.

<sup>601</sup> COUTURE, 1999, p. 21.

<sup>602</sup> Ibid., p. 53.

<sup>603</sup> Ibid., p. 40.

Do ajuizamento da ação decorre a possibilidade de o juiz determinar o processamento do pedido (art. 52), que executado deflagrará uma série de efeitos e medidas a serem tomadas, por diversas pessoas, as quais, a partir daí, relacionar-se-ão das mais diferentes formas entre si e com os atos processuais. O processo de recuperação produz inúmeras e diversificadas relações, porque múltiplos são os interesses que o circundam. Faz-se uso, a título exemplificativo, do rol de pessoas confeccionado por Pacheco Silva:

a) do empresário ou da sociedade empresária; b) dos empregados [...]; c) dos sócios [...]; d) dos credores [...]; e) das instituições financeiras [...]; f) da Fazenda Pública [...]; g) do Município, da Região, do Estado e do próprio País [...]; h) da Ordem Econômica em geral [...]; i) dos consumidores e da coletividade em geral.<sup>604</sup>

E também do texto da Comissão de Assuntos Econômicos – CAE:

Em qualquer caso, as regras estabelecidas não afetam somente as empresas em dificuldades, mas também repercutem sobre o planejamento das empresas em regular funcionamento e das pessoas que com elas negociam, pois têm influência sobre a avaliação de riscos sobre o conjunto de transações que regem o processo econômico. Trata-se, portanto, de matéria com impacto na segurança jurídica de muitos agentes, aí incluídos os trabalhadores, os fornecedores, os financiadores, os investidores e os clientes das empresas.<sup>605</sup>

A atipicidade dos atos processuais e a pluralidade de conexões, em sentido amplo, presentes em torno da recuperação judicial, evidenciam que, como descrito por Couture, o processo não é uma relação, e sim um conjunto de relações, que se constitui, assim, em uma categoria do gênero instituição, compreendida esta como o conjunto das regras estabelecidas para assegurar a satisfação de interesses coletivos ou individuais, e suas múltiplas relações.<sup>606</sup> Em outras palavras: o processo é “uma instituição submetida ao regime da lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição.”<sup>607</sup>

A concepção do processo como instituição jurídica abrange não apenas “o resultado de uma combinação de atos tendentes a um fim, como também um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma ideia comum objetiva, à qual surgem ligadas, seja

<sup>604</sup> PACHECO, 2006, p. 1-2.

<sup>605</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

<sup>606</sup> COUTURE, 1999, p. 103. O autor indica que as suas lições, no que tange à “Teoria da instituição”, apóiam-se nos ensinamentos de “GUASP: ‘Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil’, Madrid, 1943.” (Ibid., p. 100).

<sup>607</sup> Ibid., p. 103.

ou não aquela a sua finalidade específica, as diversas vontades individuais dos sujeitos, dos quais procede a referida atividade.”<sup>608</sup> Portanto, dois são os elementos que compõem a instituição: uma ideia objetiva, situada fora e acima da vontade dos sujeitos, configurada na afirmação ou negação da pretensão; e o conjunto das vontades dos diversos sujeitos que figuram no processo, que se conectam àquela ideia, com o escopo de realizá-la.<sup>609</sup>

A abrangência do processo como instituição é maior do que a promovida pela concepção do processo como relação jurídica, a qual contempla os vínculos entre autor e réu; entre autor, réu e juiz; entre estes e os atos processuais; entre os próprios atos. Ocorre que a concepção institucional abarca tais vínculos, e, ainda, o conjunto de relações jurídicas que nascem em decorrência do próprio processo, cuja variedade é praticamente “ilimitada, já que o processo compreende uma infinidade de vínculos”, como, exemplifica Couture: “o dos litigantes para com o Estado; o do juiz para com o Estado; o das partes, do juiz e do Estado para com certos terceiros abrangidos pela coisa julgada; o das partes, do juiz e do Estado para com os advogados, os procuradores, os peritos, as testemunhas; etc.”<sup>610</sup>

Flagrante, assim, que o processo de recuperação judicial tem, ele próprio, a função de estruturar, formal e materialmente, o instituto e, ainda, as funções de aglutinar e organizar os múltiplos vínculos e interesses a ele inerentes. Isso comprova que a recuperação judicial também possui natureza processual.

Com fulcro nos fundamentos acima aduzidos, é que se conclui: a recuperação judicial é um instituto de Direito Econômico e de Direito Processual, que, localizado no ponto do ordenamento jurídico onde o Direito de Empresa, por meio da *empresa*, e o Direito das Obrigações, por meio das *obrigações*, encontram-se por força de uma situação fática vivida pelo empresário ou pela sociedade empresária – *crise econômico-financeira* –,<sup>611</sup> e estrutura-se no Direito Processual para, sempre por meio do *processo judicial*, tentar encontrar um

---

<sup>608</sup> COUTURE, 1999, p. 101.

<sup>609</sup> Ibid., p. 101.

<sup>610</sup> Ibid., p. 102.

<sup>611</sup> Cf. Wald: “É no campo das obrigações que mais facilmente se realiza a unificação do direito civil com o direito comercial, tendo diversos países elaborado uma legislação única na matéria, como ocorre com a Suíça, a Itália, a Polônia e, com o advento do Código Civil de 2002, o Brasil. [...] Apenas agora, com o atual Código Civil, unificou-se o direito das obrigações, atendendo à necessidade de aplicação indiscriminada de iguais regras a todas as relações obrigacionais, e ao interesse da própria segurança nas relações jurídicas.” (WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17-18).

caminho harmônico, sem excessos, que permita ao empresário ou à sociedade empresária cumprir com as suas *obrigações* e preservar a *empresa* por ele exercida.

Em síntese: a natureza jurídica do instituto da recuperação judicial é econômico-processual, definida a partir da conexão entre os seus elementos essenciais no sistema jurídico.

### 2.2.3 Reconstrução do conceito de recuperação judicial

Qual o conceito de *recuperação judicial*?

Para alguns, é um acordo. Assim, por exemplo, para Celso Marcelo de Oliveira: “a recuperação judicial é um acordo entre uma empresa devedora e os seus credores a respeito das respectivas relações de crédito e débito”.<sup>612- 613</sup> E para Batalha, “a recuperação judicial é um instrumento de negociação entre credores e devedores”.<sup>614</sup>

Mandel faz uso da expressão “favor legal”, embora coloque dúvida sobre tal definição.<sup>615</sup> Já Paes de Almeida limita-se a considerar como conceito o texto do art. 47, da Lei n. 11.101, de 2005.<sup>616</sup> Para outros, o conceito parte dos objetivos e abrange os atos e efeitos relativos ao plano e à concessão do pedido. Neste diapasão, cita-se Jorge Lobo:

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juiz, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os

<sup>612</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova lei de falências*. São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 266.

<sup>613</sup> Cf. Almeida Costa, porém, para a perfeição do contrato é essencial o acordo de vontades. (ALMEIDA COSTA, 2003, p. 252). E quatro são os seus princípios essenciais: “o da *liberdade contratual*, o do *consensualismo*, o da *boa-fé* e o da *força vinculativa*”. (Ibid., p. 205).

<sup>614</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 91.

<sup>615</sup> MANDEL, 2005, p. 93.

<sup>616</sup> ALMEIDA, 2008, p. 304.

ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral.<sup>617</sup>

Outros, ainda, relacionam o conceito à ação ou ao processo judicial. Como Restiffe: “recuperação judicial de empresas é a ação para prevenir a decretação da falência”.<sup>618</sup> Como Maluf e Faria, para quem a recuperação judicial é uma medida legal.<sup>619</sup> Ou ainda José Roque, que conceitua a recuperação judicial como uma ação judicial de caráter instrumental, porque serve como “mecanismo para valorizar a atividade econômica e a vida salutar das atividades empresariais.”<sup>620</sup> Fazzio Jr., na mesma linha, menciona tratar-se a recuperação judicial de uma ação de conhecimento da espécie constitutiva, que “inaugura uma nova conjuntura jurídica, modificando a índole das relações entre o devedor e seus credores e, bem assim, entre o devedor e seus empregados.”<sup>621</sup>

Não obstante o amplo panorama descerrado pela doutrina, novamente o ponto de partida deve ser o texto da Lei n. 11.101, de 2005, a fim de, a partir daí, precisar quais são as características que determinam os limites do instituto, e por isso devem ser abrangidas pelo seu conceito, só então passível de ser formulado.

Da pesquisa realizada, propício aqui realçar:

a) A LFRE condiciona alguns dos seus efeitos à vontade do devedor; outros, à vontade da maioria dos credores; outros, a um acordo de vontade entre o devedor e a maioria dos credores e, ainda, outros, à ausência deste acordo de vontades. *Verbi gratia*: (i) o plano só poderá ser alterado com a concordância do devedor (art. 56, §3º); (ii) a constituição do comitê de credores, e assim as suas atribuições (art. 27), dar-se-á por vontade de qualquer uma das classes (art. 26); (iii) o devedor somente poderá desistir do pedido de recuperação judicial com a aprovação da assembleia geral (art. 52, § 4º); (iv) rejeitado o plano, o juiz decretará a falência (art. 56, §4º).

---

<sup>617</sup> LOBO, 2009, p. 123-124.

<sup>618</sup> RESTIFFE, 2008, p. 242.

<sup>619</sup> MALUF, Clóvis Antônio; FARIA, William Marinho de. *A lei de recuperação: comentada e comparada*. 2. ed. Osasco: Edifio, 2008, p. 21.

<sup>620</sup> ROQUE, 2005, p. 104.

<sup>621</sup> FAZZIO JUNIOR. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 116.

b) Todos os credores, cujos créditos são alcançados pela recuperação, vinculados estarão ao plano (art. 49; art. 59), portanto, é ineficaz a vontade (i) dos optantes pela falência, (ii) dos ausentes ou (iii) dos titulares de créditos retardatários, que sequer têm direito de voto (art. 10, §1º). O plano lhes será imposto, como afirmado pelo STJ ao apreciar o RMS 30686: “Uma vez aprovado o plano de recuperação judicial, todos os credores a ele se submetem, independente de discordância ou, como *in casu*, de inércia do credor.”<sup>622</sup>

c) A LFRE, quanto ao conteúdo do plano, estabelece: (i) limites que não podem ser alterados por eventual acordo de vontades (art. 54, parágrafo único; art. 56, §3º); (ii) condições que tornam irrelevante o acordo de vontade entre o devedor e a maioria dos credores, e exigem a vontade de um credor específico (art. 50, §§1º, 2º); (iii) créditos que não devem ser incluídos no plano (art. 49, §4º).

d) A LFRE prevê efeitos cogentes, que, mantidos sob condição suspensiva, afastarão aqueles advindos da vontade acordada entre devedor e a maioria dos credores. Por exemplo: em caso de convalidação da recuperação judicial em falência, após o juiz tê-la concedido, os credores terão os seus direitos reconstituídos nas condições originais (art. 61, §2º).

e) A LFRE assegura validade às manifestações de vontade mesmo quando decisão judicial posterior alterar o fundamento fático-jurídico em que lhe dá suporte – existência, quantificação ou classificação de créditos (art. 39, §2º).

f) A LFRE declara ser ineficaz a vontade do credor que não tiver o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito alterado, tampouco o considera para fins de quorum de deliberação (art. 45, §3º),<sup>623</sup> não obstante a sua submissão aos efeitos advindos da implantação do plano ou da falência.

---

<sup>622</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda, *DJe* 20 out. 2010.

<sup>623</sup> Cf. Novaes França: “Na hipótese enfocada, o crédito em questão é computado apenas para fins do *quorum* de instalação, mas não de deliberação. Parte o legislador do discutível pressuposto de que ao credor faltaria interesse na deliberação sobre o plano”. (NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. Comentários ao art. 45. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005*: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 217).

g) A LFRE confere competência somente ao juiz para conceder a recuperação, e isto se preenchidos todos os requisitos legais (art. 58). O término da recuperação, da mesma forma, somente por um juiz poderá ser decretado (art. 63).

Ante o exposto, cinco observações podem ser feitas:

1. O conceito de recuperação judicial que se apoia na ideia de contrato, ou de um acordo de vontades, não parece ser o mais adequado, porquanto ignora as constatações supradescritas, em especial nas alíneas *a*, *b*, *f* e *g*. Destarte, parece ser possível afirmar que a recuperação judicial não é um contrato, tampouco um acordo de vontades. As manifestações de vontade são requisitos legais necessários para que a pretensão possa ser concedida pelo Estado-Juiz.<sup>624</sup>

2. A mera descrição de um ou de alguns dos objetivos da recuperação judicial não deve ser tida como suficiente para conceituar o instituto, uma vez que se estaria confundindo a situação fático-jurídica que se pretende concretizar com o instrumento disponível para tentar concretizá-la.<sup>625</sup> Ademais, sem resposta ficariam todas as constatações suprarreferidas.

3. Os conceitos propostos pela doutrina deixam de enfatizar que a recuperação judicial abrange direito de ação, procedimento e processo judicial atípicos, todos única e exclusivamente postos no ordenamento jurídico para viabilizar a concretização do instituto.

4. Dos conceitos investigados, nenhum deles revela que, sob uma determinada perspectiva, o instituto, em última análise, visa a legitimar a restrição da eficácia dos direitos dos credores, para que a exigência do cumprimento das obrigações de responsabilidade do devedor ocorra em condições que não impeçam ou inviabilizem a preservação da atividade empresarial por ele exercida. Isso é muito importante e reflete uma compreensão abrangente do instituto como subsistema jurídico. A recuperação judicial coloca-se como uma alternativa de defesa do devedor, no sentido de reorganizar as cobranças contra si promovidas ou passíveis de serem. O ajuizamento da ação tem seu início, assim, nas próprias obrigações firmadas. A recuperação judicial, ao contrário do que é mecanicamente repetido, deixa, então,

<sup>624</sup> Cf. Becker: “a natureza essencial do Direito é a natureza instrumental.” (BECKER, 2002, p. 63).

<sup>625</sup> A clareza dos conceitos reduz a possibilidade de o intérprete incorrer em distorções e manipulações do conteúdo imanente às prescrições normativas. Em outras palavras, restringe o eventual impulso do intérprete de sentir-se livre para usar o texto legal como um agasalho de seus valores ou impressões pessoais.

de ser, fundamentalmente ou tão somente, um instrumento para promover a preservação da atividade empresarial, dos postos de trabalho e o estímulo da atividade econômica.

5. Os conceitos examinados não contemplam a totalidade dos elementos essenciais, tampouco suas conexões, formadores da natureza do instituto: a) *processo judicial sui generis*; b) *empresa*; c) *crise econômico-financeira*; e d) *obrigações*. O que expõe a incompletude dos conceitos sugeridos pela doutrina.

Atentando-se para os elementos essenciais da recuperação judicial, para as características que determinam os limites do instituto em si próprio, e para as observações feitas acerca dos conceitos já publicados, é que se propõe este: *recuperação judicial* é um *processo judicial sui generis*, formal e materialmente estruturado, que, iniciado com o ajuizamento da ação, importará, quando preenchidas todas as condições exigidas pela lei, na concessão pelo juiz de uma nova e planejada oportunidade para o devedor adimplir as suas *obrigações* sem inviabilizar a preservação da *empresa* por ele exercida, e, assim, recuperar-se da *crise econômico-financeira* em que se encontra, sob pena de ter a sua falência decretada.

## 2.3 DOS OBJETIVOS HARMÔNICOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 2.3.1 Ausência de hierarquia *a priori*?

Os princípios, como “mandamentos de otimização”,<sup>626</sup> mantêm harmônica e patente conexão com os objetivos.<sup>627</sup> Entretanto, é profícuo investigá-los em separado, pelo menos por dois motivos.<sup>628</sup> Primeiro, no art. 47 da LFRE consta que a recuperação “tem por objetivo [...]”, e é a este dispositivo em especial que a doutrina se refere quando explora os princípios do instituto,<sup>629</sup> assim como fazem as decisões judiciais.<sup>630</sup> Segundo, os princípios fornecem

<sup>626</sup> ALEXY, 2008, p. 90.

<sup>627</sup> Cf. Becker: “A necessidade que deve ser satisfeita é um determinado objetivo escolhido pelo Estado; o instrumento criado pelo artífice humano para satisfazer esta necessidade é a regra jurídica.” (BECKER, 2002, p. 70).

<sup>628</sup> Cf. Epstein, Nickles e White: “It is helpful to identify and understand the policy basis for a Bankruptcy Code provision in interpreting and applying that provision to a particular bankruptcy problem.” (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 13).

<sup>629</sup> P. ex.: BEZERRA FILHO, 2009, p. 41-42.

<sup>630</sup> STJ. 1ª S., CC 79.170, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19/09/2008.



subsídios para a interpretação e aplicação das regras,<sup>631</sup> e eles próprios podem ser formulados “por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”, colocando-se como “razões para juízos concretos de dever-ser.”<sup>632</sup> E destes se infere que os objetivos explicitam o conteúdo – o quê – de maneira, preponderantemente, pelo menos, descritiva; e não normativa.

Por hierarquia *a priori* dos objetivos da recuperação judicial entende-se que a Lei n. 11.101 teria fixado uma ordem escalonada de seus objetivos. Por conseguinte, dever-se-ia atribuir prioridade, via de regra, aos meios que, ao menos em tese, apresentam-se mais adequados para a concretização do objetivo superior, e apenas quando se constatar a sua inviabilidade, por razões fáticas ou jurídicas, ou, ainda, por força de razões excepcionais no caso concreto, é que outro objetivo, teoricamente inferior, poderia ser privilegiado.

Destarte, pergunta-se: os objetivos da recuperação judicial encontram-se hierarquizados *a priori*? Adiante a resposta.

A excessiva ênfase conferida a um objetivo compromete, normalmente, todos os demais, motivo pelo qual deve haver um controle quanto a sua legitimidade.<sup>633</sup> Prejuízo ainda mais gritante ter-se-á quando a um determinado valor, princípio ou objetivo é outorgado um caráter de absoluto, o qual retira a possibilidade de contrastá-los com os valores, princípios ou objetivos restringidos em decorrência daquela substancialização.

Na seara da recuperação judicial, há autores que afirmam, por exemplo, ser absoluto o princípio da preservação da empresa. Para Perin, *verbi gratia*, “os valores próprios do homem” não se submetem “a qualquer ordem de hierarquia ou classificação, pois não estão no campo da relatividade. São absolutos”.<sup>634</sup> Com base nesta posição, defende o autor que o princípio da preservação da empresa no contexto da LFRE é “uma forma imperiosa de tutela da dignidade da pessoa humana”, e, então, concluir:

---

<sup>631</sup> Cf. Epstein, Nickles e White: “It is helpful to identify and understand the policy basis for a Bankruptcy Code provision in interpreting and applying that provision to a particular bankruptcy problem.” (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, op. cit., p. 2)

<sup>632</sup> ALEXY, op. cit., p. 87.

<sup>633</sup> NUSDEO, 2008, p. 186.

<sup>634</sup> PERIN JUNIOR, 2009, p. 116.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é um dado ôntico; está no mundo do ser e opera como valor fundante, ou valor fonte, que paira sobre todas as Ciências e inspira o ordenamento jurídico, nele se enraizando através de preceitos objetivados.<sup>635</sup>

Compreensão semelhante parece ser a de Maluf e de Faria, porquanto sonham as relações econômico-jurídicas que existem entre devedor e credores, construídas no contexto social, para defender que a “recuperação judicial tem por finalidade permitir a reestruturação da empresa, a fim de possibilitar a manutenção dos empregos, evitando assim sua paralisação e por isso mesmo viabilizando recolhimento de tributos.”<sup>636</sup>

O entendimento acima padece de inconsistência científica, porque: (i) os princípios estão limitados por questões fáticas e jurídicas, e não apenas fáticas, daí serem relativos;<sup>637</sup> (ii) nem mesmo o princípio fundamental da dignidade humana pode ser enquadrado no conceito de absoluto;<sup>638</sup> (iii) a Constituição Federal do Brasil não outorga a nenhum valor ou princípio a qualidade de absoluto, como já reconhecido pelo STF.<sup>639</sup>

Portanto, nenhum dos objetivos da recuperação judicial é absoluto.

No que tange a uma hierarquia *a priori*, ou seja, uma hierarquia relativa, a grande maioria da doutrina entende que a preservação da atividade empresarial exercida pelo devedor é o objetivo principal da recuperação, estando, *a priori*, em um nível hierarquicamente superior aos demais.<sup>640</sup>

Deste entendimento, compartilha Osvaldo Biolchi, relator do projeto de Lei n. 4.376, de 1993, referente à recuperação judicial, na Câmara dos Deputados: “bem relevante destacar o espírito dessa nova Lei que tem o objetivo primacial voltado para a recuperação da empresa,

<sup>635</sup> PERIN JUNIOR, 2009, p. 116.

<sup>636</sup> MALUF; FARIA, 2008, p. 22.

<sup>637</sup> ALEXY, 2008, p. 111.

<sup>638</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>639</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 23.452. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 12 maio 2000.

<sup>640</sup> Cf. Costa: “Este artigo [art. 47] é o que revela o objetivo principal da Lei, definido como a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (COSTA, Luiz Antonio Silva. *A Lei de recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: anotada e confrontada com o DL nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. São Paulo: Lex, Aduaneiras, 2005, p. 57). Cf. Batalha e Rodrigues: “A recuperação judicial propicia, portanto, a preservação da empresa, com o estímulo à atividade econômica, garantindo sua função social.” (BATALHA; RODRIGUES NETTO; RODRIGUES NETTO, 2007, p. 91). Cf. Derzi e Frattari: “[...] essa nova visão que privilegia a empresa, em detrimento do empresário.” (DERZI; FRATTARI, 2009, p. 1325).

possibilitando a sua continuidade, mantendo e gerando empregos e ainda pagando os tributos devidos”.<sup>641</sup>

A premissa formatadora do raciocínio do ex-Deputado é a sua formação pessoal, como ele próprio, de passagem, revelou:

Aliás, diga-se de passagem, a doutrina social da Igreja Católica, amiúde, ensinou que os salários dos trabalhadores sempre dependem da competência do empregado, de suas necessidades pessoais e, sobretudo, da capacidade de pagamento do empregador, para concretude de vida digna, como revelam as encíclicas papais.<sup>642</sup>

José da Silva Pacheco, também representante do mesmo entendimento, cita que o objetivo principal seria salvar da crise a empresa, apesar de nela, como visto, encontrar-se o devedor:

[...] novas leis, com o objetivo principal de salvá-la da crise [“empresa”], mantendo-a como unidade produtiva de riquezas, conservando o emprego, ensejando novas opções e viabilizando novas formas de satisfação dos credores, com a minoração de suas perdas.<sup>643</sup>

Na mesma esteira, encontra-se o entendimento de Bezerra Filho, para quem a Lei n. 11.101, de 2005, estabeleceu uma ordem hierárquica de prioridades, na qual o interesse dos credores não está conectado em diversas direções com a recuperação do devedor, o estímulo à atividade econômica e aos demais objetivos almejados pelo instituto, mas sim relacionado de forma linear, do tipo primeiro este e só depois, se possível, aquele. Nas palavras do autor: “Deverá o juiz sempre ter em vista, como orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a “manutenção da fonte produtora”, ou seja, recuperação da empresa”.<sup>644</sup>

Jorge Lobo, por sua vez, sustenta que se deve ter “compreensão e sensibilidade do que é absolutamente indispensável: salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, com a finalidade precípua de mantê-la empregadora de mão de obra, produtora e distribuidora de bens e de serviços, criadora de riquezas e de prosperidade, geradora de impostos e, por igual, ao mesmo tempo, respeitar os direitos e interesses dos credores.”<sup>645</sup> O autor põe cor na preservação da empresa, posto que mencione os direitos dos credores como igualmente merecedores de respeito. Contudo, o autor deixa de recomendar

<sup>641</sup> BIOLCHI, 2009, p. XXXVIII.

<sup>642</sup> Ibid., p. XXXIX.

<sup>643</sup> PACHECO, 2006, p. 1.

<sup>644</sup> BEZERRA FILHO, 2009, p. 123.

<sup>645</sup> LOBO, 2009, p. 131.

como se fazer para que isso ocorra, sobretudo se o outro objetivo – “salvar a empresa” – é, como dito, para ele “absolutamente indispensável”.

Conclusiva é a posição de Bertoldi e de Ribeiro, para quem o objetivo principal da LFRE não mais é a satisfação dos credores. Agora, é a “proteção jurídica do mercado, o qual, desenvolvendo-se de modo sadio, potencialmente atua em benefício da sociedade como um todo e do crescimento econômico do País”.<sup>646</sup> A satisfação dos credores é algo secundário.<sup>647</sup>

O STJ, ao apreciar o AgRg no CC 86.594, indicou que a “recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa”, para, a partir daí, obter “em última *ratio*, a satisfação dos credores”.<sup>648</sup> Não obstante o Tribunal utilizar a expressão empresa como sinônimo de devedor, e afirmar ser o adimplemento das obrigações a razão do instituto, a impressão é que coloca a salvação da empresa no topo. Na ementa do acórdão consta:

2. A recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera, além de garantir, em última *ratio*, a satisfação dos credores.<sup>649</sup>

Há também os que reconhecem uma hierarquia *a priori* em prol da satisfação dos direitos e interesses dos credores quando se tratar de instituto de Direito Concursal com o perfil da recuperação judicial. Para Borgarello, por exemplo, o pagamento dos credores é o objetivo principal, e a superação da crise pelo devedor, com os efeitos daí decorrentes, é o último objetivo:

[...] en principio eliminar el estado de cesación de pagos sería el objetivo del derecho concursal. La eliminación de la crisis patrimonial sería entonces el objetivo último del derecho concursal y es deber del mismo propender a lograr este norte por la significación económica social que conlleva esta crisis manteniendo los valores de justicia, orden, equidad, seguridad y bien común.<sup>650</sup>

Com a mesma passada, Ferro, para quem o conteúdo do Direito Concursal é dirigido para a gestão de uma situação de crise em que as obrigações que recaem sobre o patrimônio

<sup>646</sup> BERTOLDI, RIBEIRO, 2009, p. 471.

<sup>647</sup> Ibid., p. 479.

<sup>648</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 86.594. Relator: Min. Fernando Gonçalves. DJ 01 jul. 2008.

<sup>649</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 86.594. Relator: Min. Fernando Gonçalves. DJ 01 jul. 2008.

<sup>650</sup> BORGARELLO, 2008, p. 32.

devem ser satisfeitas, seja através da recuperação do devedor e retomada do ritmo da atividade empresarial, seja através de liquidação.<sup>651</sup> O relevo é posto no adimplemento das obrigações.

David Epstein, Steve Nickles e James White ratificam que o propósito de todas as legislações do Direito Concursal é criar um fórum coletivo para resolver os direitos de vários credores contra os ativos insuficientes do devedor, porquanto a distribuição dos ativos entre os credores não é uma questão incidental, e sim o centro do esquema falimentar (*bankruptcy*),<sup>652</sup> cujo núcleo constitui-se, ainda atualmente, em um sistema de cobrança de dívidas.<sup>653</sup>

Anota-se que a nova Lei Concursal da Espanha – Lei n. 22, de 2003, cuja entrada em vigor ocorreu em 1º de setembro de 2004 –,<sup>654</sup> estabeleceu um acesso único a todo tipo de concurso, através de uma fase comum, da qual derivará “una solución conservativa (fase de convenio); por otro, hacia una vía liquidatoria (fase de liquidación)”, caracterizando-se, assim, como um procedimento “*de entrada única, aunque de salidas diversas*”.<sup>655</sup> Não obstante a lei considerar a “vía conservativa” como “*la solución normal del concurso*”, qualquer delas deverá estar “siempre orientadas a un objetivo fundamental, cual es el del logro de ‘*la satisfacción de los acreedores*’.”<sup>656</sup>

As medidas adotadas ou facultadas pela nova Lei espanhola para recuperar o devedor em crise, como visto, têm como objetivo essencial a satisfação dos credores.<sup>657</sup> Observar este

<sup>651</sup> FERRO, Carlos Alberto. Crisis económica, financeira y desequilibrios económicos. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 4. 2008, Montevideo. *Crisis de la economía mundial e concursalidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 234.

<sup>652</sup> O conceito de *bankruptcy* abrange os procedimentos dos capítulos 7, 11,12 e 13 do Código dos Estados Unidos, e suas duas formas gerais: “There are two general forms of bankruptcy: 1. Liquidation and 2. rehabilitation.” (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 8).

<sup>653</sup> Cf. Epstein, Nickles e White: “As Professor Radin indicates, a purpose of all bankruptcy laws is to provide a collective forum for sorting out the rights of the various claimants against the assets of a debtor where there are not enough assets to go around. Professor Warren has much more recently written: “In bankruptcy, with an inadequate pie to divide and the looming discharge of unpaid debts, the disputes center on who is entitled to shares of the debtor’s assets and how these shares are to be divided. Distribution among creditors is not incidental to others concerns; it is the center of the bankruptcy scheme.” Both Radin and Warren suggest that at its core, bankruptcy law historically was, and presently is, a debt collection system.” (Ibid., p. 2).

<sup>654</sup> POZO MARTÍNEZ, 2004, p. 661.

<sup>655</sup> Ibid., pp. 672-673.

<sup>656</sup> Ibid., p. 673.

<sup>657</sup> Cf. Martínez: “‘El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud’ (ver apartado VI de la EM de la

aspecto é importante para afastar a suposição de que todas as novas legislações conferem prevalência à conservação da empresa em detrimento do adimplemento das obrigações. Ainda, relevante observar que parte da doutrina espanhola propõe, mesmo se tratando de previsão legal, que se trabalhe por uma solução mista – “solutoria-conservativa” –, na qual, “sin abandonar el interés de los acreedores ni dar preferencia absoluta e indiscriminada a la conservación de la empresa, se alcance una posición lo más neutral posible en su concurrente consecución”,<sup>658</sup> *id est*, sem que se deixe em um segundo plano o interesse dos credores.

Esse entendimento passou a reverberar no STJ. Ao julgar o AgRg no CC 110.250, o Tribunal parece ter alterado a ordem de relevância que vinha sendo manifestada, porquanto decidiu que a preservação da empresa é um meio para a concretização do objetivo primordial da recuperação judicial, qual seja: a satisfação dos direitos e interesses da coletividade de credores. No acórdão consta:

[...] o espírito norteador da Lei 11.101/05, que consagra o princípio da preservação da empresa enquanto meio de assegurar a função social desta, mas que tem como fim primordial garantir os direitos e interesses da coletividade de credores.<sup>659</sup>

Ao adotar-se, *a priori*, um objetivo como hierarquicamente superior a outros, no subsistema da recuperação judicial, o intérprete partirá de uma pré-compreensão que acabará por influenciar na definição do sentido e do alcance dos dispositivos legais. Isso significa dizer que, na prática, o juiz transferirá, pura e simplesmente, para a parte que tiver os direitos e bens jurídicos restringidos *a priori* o ônus da argumentação, o que é tarefa árdua, em especial quando a decisão cingir-se em transcrever, citar ou mencionar que sua razão de decidir emerge da concepção de que este ou aquele objetivo se constitui no mais elevado. As observações de David Epstein, Steve Nickles e James White são elucidativas:

While a bankruptcy judge is never called on to answer expressly “What is the purpose or goal of bankruptcy law”, the bankruptcy judge’s view with respect to this

---

LC). Esta afirmación legal subordina la vía conservativa a la finalidad de satisfacción de los acreedores. Esto es, con independencia de la vía de solución escogida, la ley establece como finalidad básica la satisfacción de todos los acreedores. La consecución de este objetivo se articula mediante la flexibilidad del procedimiento concursal, con la que se ‘permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso’ (ver apartado II de la EM).” (Ibid., p. 673, nota 37).

<sup>658</sup> POZO MARTÍNEZ, 2004, p. 673, nota 7.

<sup>659</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *DJe* 16 set. 2010.

general question obviously affects her answers to the specific disputes that is called on to resolve.<sup>660</sup>

Destarte, para a análise da recuperação judicial, deve-se tomar como ponto de partida, novamente, a Lei n. 11.101, de 2005. Da investigação realizada, é aqui adequado sintetizar o exame de dois de seus dispositivos:

a) O art. 27, II, alínea c, confere ao Comitê de Credores competência para submeter à autorização do juiz, quando da administração for o devedor afastado, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, “bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.”

Salientam-se dois pontos:

(i) O interesse dos credores em também preservar a atividade empresarial é, não apenas reconhecido, mas juridicamente tutelado.

(ii) Aos credores, afastado o devedor, foi outorgada competência para requerer medidas importantes para assegurar seus interesses quanto à empresa. Por que autorizar os credores? Porque, de um lado, não atender aos interesses dos credores, fundado em obrigações contraídas pelo devedor enquanto exercia a atividade empresarial, significaria o término desta e a falência daquele. De outro, a decisão sobre como satisfazê-los, se houver objeção ao plano, só será tomada na assembleia geral. Assim, preservar a atividade, mesmo que minimamente, até a ocasião poderá significar a conservação de uma possibilidade mais eficiente para os credores receberem os seus créditos do que aquela oferecida pela falência. Logo, conclui-se: em abstrato, é concebível que com a adoção de um projeto exequível muitos dos objetivos estabelecidos na lei serão satisfatoriamente contemplados, retroalimentando-se uns aos outros.

b) O art. 47 consigna que a “recuperação judicial tem por objetivo a superação da crise econômico-financeira do devedor”. Esse objetivo, por sua vez, é fixado com o propósito de “permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos

---

<sup>660</sup> EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 3.

credores”. Para que, deste modo, seja promovida “a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Salientam-se quatro pontos:

(i) Os objetivos estão conectados uns com os outros.

(ii) Nenhuma palavra estabelece qualquer espécie de hierarquia axiológica entre os objetivos. Ao contrário, o texto indica uma harmonia entre eles, como se todos se materializassem sem colisões, mesmo, *in thesi*, no plano fático.

(iii) A ordem em que as palavras foram inseridas não fixa, ao menos não neste texto, uma hierarquização, até porque flagrante o encadeamento das orações: “[...] tem por objetivo [...] a fim de [...] promovendo, assim [...].”

(iv) O sentido do texto parece corresponder à pretensão jurídica de realizar o conjunto de objetivos da forma mais eficiente possível.

A satisfação harmônica de todos os objetivos da recuperação judicial importaria na concretização plena do bem comum, no sentido marcado por Borgarello: “El bien común podría entenderse como una interacción y coordinación de los múltiples intereses que convergen ante la crisis patrimonial.”<sup>661</sup>

Ocorre que a concretização harmônica e eficiente de todos os objetivos da recuperação judicial é muito mais fácil de ser visualizada no texto do art. 47 do que na realidade, na qual a ordem econômica reclama, para a superação de crises econômico-financeiras, que o devedor, além de possuir diagnósticos corretos, esteja preparado e com capacidade, inclusive de gestão, para decidir e executar as medidas de modo eficiente e eficaz. Também essa é a percepção de Ferro:

Quienes mejor gestionan la crisis, son las empresas que se prepararon con planes de contingencia. La falta de gestión adecuada lleva a las empresas a solicitar el amparo

---

<sup>661</sup> BORGARELLO, 2008, p. 32.



de la legislación concursal porque la dinámica de las crisis es superior en velocidad a los cambios que las empresas deben realizar para darle respuesta.<sup>662</sup>

*Ex positis*, os objetivos da recuperação judicial relacionam-se entre si e influenciam-se mutuamente, formando um conjunto, no plano normativo, logo abstrato, harmônico, aberto e flexível, cujo conteúdo deve ser promovido da forma mais eficiente possível, a qual, por sua vez, somente poderá ser verificada quando da conexão entre o conteúdo de uma determinada situação fática e o conteúdo das normas jurídicas pertinentes. Em outras palavras: quando a lei não taxativamente estabelece o que deve ser priorizado, o juiz somente no caso concreto, diante dos fatos relevantes e pertinentes, poderá eleger um ou outro objetivo, franqueando ao jurisdicionado os argumentos cognoscíveis em que se baseou. O respeito à decisão judicial emerge da consistência e da coerência de sua fundamentação.<sup>663</sup>

Em suma: não há hierarquia *a priori* entre os objetivos da recuperação judicial, *ex lege*.

### 2.3.2 Objetivos múltiplos e dinâmicos: imediatos e mediatos

No Parecer da CAE, constou que a Lei n. 11.101, de 2005, deveria apresentar “três características fundamentais” para cumprir seus objetivos, assim descritas pela Comissão:

[...]: primeiramente, deve ser logicamente estruturada, de forma que seus dispositivos possam ser bem compreendidos no âmbito dos respectivos institutos que pretendem disciplinar; em segundo lugar, seus dispositivos devem ter coerência interna, ou seja, é indispensável que haja repetições, contradições ou omissões que dificultem a aplicação da lei; finalmente, os dispositivos devem ser claros tecnicamente, para que se reduza, tanto quanto possível, a possibilidade de que controvérsias interpretativas comprometam a segurança jurídica dos interessados.<sup>664</sup>

No entanto, nenhuma das “três características fundamentais” foi adequadamente observada para a confecção do texto que compõe o art. 47 da LFRE.<sup>665</sup> A sua singela leitura é suficiente para constatar, no mínimo, tratar-se de um dispositivo confuso, quase inextricável.

<sup>662</sup> FERRO, 2008, p. 230.

<sup>663</sup> A decisão que se toma em face de uma ou outra concepção subjetiva tende a ter a concordância apenas de quem com ela concordar, ou dela se beneficiar.

<sup>664</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

<sup>665</sup> Art. 47, da LFRE: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

O texto não evidencia uma concordância lógico-gramatical quanto ao sentido e à ordem das palavras. Adiante, essa análise será realizada. Aqui, apenas se registra o entendimento oposto do ex-Deputado e relator do projeto na Câmara, Osvaldo Biolchi, para quem a clareza do texto é “total”: “O art. 47 da atual lei dispõe, como total clareza, sobre os objetivos da recuperação judicial [...]”.<sup>666</sup>

De qualquer forma, o art. 47 estabelece que a recuperação judicial possui múltiplos objetivos,<sup>667</sup> e isso foi registrado, com acerto, por Jorge Lobo, da seguinte forma:

A recuperação judicial tem por finalidades imediatas a preservação dos negócios sociais, a continuidade do emprego e a satisfação dos direitos e interesses dos credores e, por finalidades mediatas, estimular a atividade empresarial, o trabalho humano e a economia creditícia.<sup>668</sup>

Os apontamentos até aqui realizados impõem que se pergunte: quais são, afinal, os objetivos da recuperação judicial? A pesquisa focar-se-á, abaixo, na reconstrução desta resposta, tendo como ponto de partida, naturalmente, o texto do art. 47 da Lei n. 11.101, de 2005.

De plano, salienta-se que identificarem-se os objetivos de um instituto de natureza jurídica econômico-processual como a recuperação judicial e classificá-los em imediatos e mediatos é adequado porquanto:

(i) a construção da norma jurídica deve também abarcar a interpretação proposta pelo cânone teleológico;<sup>669</sup>

(ii) põe luz no que precede, e com isso reduz o risco de se conferir maior relevância a situações ou resultados ulteriores, decorrentes daquele;

(iii) proporciona uma verificação mais apurada da conexão entre o suporte fático-jurídico e o alcance dos argumentos que suportam os interesses circundantes do processo de

<sup>666</sup> BIOLCHI, 2009, p. XLI.

<sup>667</sup> Para alguns autores, todos os objetivos da recuperação judicial poderiam ser unificados em um único: evitar a falência do devedor. P. ex.: “a recuperação judicial [...] tendo como objetivo evitar a falência ou fazê-la cessar se já declarada. (OLIVEIRA, 2005, p. 266).

<sup>668</sup> LOBO, 2009, p. 132.

<sup>669</sup> Cf. Canaris, a essência do Direito é encontrar as decisões de valor, é o seu esclarecido manuseamento, “passando-os até ao fim e, a concluir, num último estágio, executando-os.” (CANARIS, 2002, p. 32-33).

recuperação, tornando mais cognoscíveis as interpretações e as decisões, em especial aquelas obtidas por meio de ponderações.

O artigo 1º da LFRE estatui que a lei disciplina a recuperação judicial “*do empresário e da sociedade empresária*”, denominando-os apenas como “*devedor*”, ou seja, a lei regulamenta um instituto facultado ao sujeito que não mais tem condições de adimplir com seus compromissos, requisito capital para que possa manter-se no exercício da atividade empresarial.<sup>670</sup> O art. 47 diz que o objetivo do instituto é (a) a superação da crise do devedor. Depois, informa que com este objetivo se aspira a outros objetivos: (b) a manutenção da fonte produtora, dos empregos e o pagamento dos credores. E, adiante, comunica que estes objetivos são perseguidos para que se possa (c) promover a preservação da empresa e o estímulo à atividade econômica.

Cumprido, deste modo, perguntar: estes são objetivos para quem? Três divisões parecem abarcar todas as pessoas: (i) para os credores; (ii) para o devedor; (iii) para a coletividade de um modo geral.

Qual a relação entre os objetivos? E entre estes e os credores, devedor e a coletividade? Para os credores, o objetivo imediato da recuperação judicial é a manutenção de seus direitos e a satisfação de seus créditos. Para o devedor, o objetivo imediato é a superação da crise econômico-financeira na qual se encontra. Para a coletividade, a manutenção da atividade empresarial é o objetivo imediato.

A compreensão do art. 47, no que se refere aos objetivos, não passa, essencialmente, pela ordem dos objetivos citados, mas sim, entende-se, pelas suas conexões sob o prisma econômico-jurídico. Borgarello havia chegado a semelhante constatação:

El bien común podría entenderse como una interacción y coordinación de los múltiples intereses que convergen ante la crisis patrimonial. De ello podríamos inferir que la protección de la empresa es en realidad un principio orientador del derecho concursal y no su objetivo principal.<sup>671</sup>

<sup>670</sup> Cf. Sánchez Ruiz: “En el régimen de las sociedades mercantiles personalistas puede afirmarse, pues, una mayor voluntad de reservar el efecto de la extinción total (esto es, la liquidación) para los supuestos en que sea estrictamente necesaria, contribuyendo así a la permanencia de la persona jurídica e, indirectamente, de la empresa social para cuya explotación fue creada.” (SÁNCHEZ RUIZ, 2006, p. 55).

<sup>671</sup> BORGARELLO, 2008, p. 32.

A recuperação do devedor é o meio necessário para que ele possa adimplir suas obrigações. Logo, no primeiro momento, o objetivo imediato *fim* do instituto é criar as condições para o devedor adimplir suas obrigações, tanto aquelas já contraídas, quanto as que serão. Daí se pode dizer que os objetivos imediatos do devedor e dos credores relacionam-se entre si, por ser o primeiro um *meio* para a concretização do segundo (relação de *meio-fim*). Para que a relação produza os efeitos almejados, a manutenção da empresa deve ser percebida por ambos (devedor e credores) como viável sob o ângulo econômico e financeiro. Aí está o elo que os conecta com o objetivo imediato para a coletividade (conservar a atividade), que se insere, no primeiro momento, como condição dinâmica e vital para que a relação *meio-fim* seja exitosa. Ignorar estas conexões, de têmpera econômico-jurídica, importará no sacrifício do próprio instituto, ou, no mínimo, em sua fragilização.

Aprofunda-se na análise dinâmica dos objetivos imediatos. Com a realização do objetivo *fim* – adimplemento das obrigações –, sobretudo depois de transcorridos os dois primeiros anos da data em que foi concedida a recuperação, todos os objetivos imediatos reunificam-se em torno da atividade empresarial, e voltam a ocupar as posições que usualmente ocupam, e ocupadas eram antes da crise econômico-financeira do devedor.

Desta forma, os agentes privados do mercado terão na atividade empresarial exercida pelo outrora devedor duvidoso um *meio* para almejar os seus próprios objetivos *fins*. A coletividade terá um *meio* para atingir seus objetivos *fins*, alguns citados na lei: (a) manutenção da fonte produtora; (b) manutenção dos empregos; (c) estímulo à atividade econômica. Outros não, por exemplo: (a) melhora da formação educacional dos funcionários e empresários; (b) promover a inovação e capacidade tecnológica; (c) aumentar a arrecadação de tributos; (d) conferir mais oportunidades ao consumidor; (e) promover o crescimento econômico-social das famílias de baixa renda e estabilizar aquelas que atingiram a classe média. E o empresário terá novamente um *meio* para atingir o seu objetivo *fim*: o lucro.

Quando o objetivo imediato *fim* – viabilizar o pagamento dos credores – não for passível de ser atingido por *meio* da superação da crise pelo devedor, aquele objetivo será buscado através de outro *meio*: a falência do devedor e o término da sua atividade. Por isso, também, que os direitos que fundam o objetivo imediato *fim* do instituto não podem ser excessivamente restringidos ou esvaziados em sua efetividade sem a concordância dos

credores em cooperar com o restabelecimento do objetivo imediato *meio* – recuperação do devedor. Na medida em que isso ocorre, a falência do devedor mostrar-se-á como um meio *mais* eficiente para a satisfação dos interesses dos credores concursais.

O STJ, ao apreciar o CC 98.264, afirmou que, "em última análise, o plano de recuperação judicial tem por escopo a continuidade da empresa, com a quitação de seus débitos perante seus credores". Este entendimento permite enunciar que para o Superior Tribunal os direitos dos credores ao recebimento de seus créditos não podem ser consumidos ou restringidos, sem com que concordem, de modo irreversível por terceiros com o argumento de que se trata de um *meio* para se tentar conservar a empresa, pois o *meio*, com o consumo de recursos, poderá impossibilitar a realização do objetivo imediato *fim* do instituto.<sup>672</sup>

Como se depreende do acima aduzido, a recuperação judicial visa a evitar, quando possível, o que comumente ocorria com o instituto da concordata, segundo o STJ:

Na realidade, sob os auspícios da antiga norma de regência pairava uma situação, no mínimo, anacrônica, porquanto o decreto de falência e, por conseguinte, o encerramento das atividades do devedor comerciante, no mais das vezes, impedia o próprio recebimento dos créditos. É dizer, em outras palavras, que decretava-se a insolvência para se buscar o adimplemento das obrigações do falido que, por seu turno, sem poder exercer sua atividade, sequer tinha condições de saldar seus débitos.<sup>673</sup>

Os objetivos da recuperação relacionam-se, ainda, com as Partes e os meios. Neste sentido, cabe avançar:

a) *Ex lege*, a vontade do devedor (art. 56, §3º), e a vontade dos credores, seja de forma tácita, somente possível pela totalidade dos credores (art. 58), seja de forma expressa, e aí pela maioria (art. 45, §§1º, 2º, e art. 58, §1º, I a III), são condições cogentes para que os objetivos da recuperação sejam fixados e perseguidos no plano concreto. Destarte, é patente que os objetivos inerentes à coletividade e ao Estado não devem sobrepor-se aos objetivos almejados de forma imediata pelos credores e pelo devedor, muito menos *a priori*.

---

<sup>672</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. CC 98.264. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJ* 06 abr. 2009.

<sup>673</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. AgRg no REsp 1089092. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 29 abr. 2009.

b) A recuperação do devedor poderá ser tentada com inúmeras medidas, como, por exemplo, com a demissão de centenas de funcionários e o fechamento de fábricas, lojas ou agências. Dos meios elencados na LFRE, cabe aqui referir: (i) A concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas (art. 50, I). Ou seja, o primeiro meio citado pelo legislador se refere à reorganização das obrigações. (ii) Alienação de quotas ou ações, o que implica a mudança de titularidade do capital social da sociedade devedora (art. 50, II, III). Isto é, de forma indireta, a medida transfere as obrigações. (iii) Trespasse ou arrendamento de estabelecimento (art. 50, VII) ou usufruto, não da empresa, como citado no inciso XIII do art. 50, mas sim das quotas ou das ações, ou, ainda, do estabelecimento. *Id est*, com a satisfação, ao menos em parte, das obrigações.

A preservação da empresa, como se vê, não é um fim em si mesmo na recuperação judicial, que dirá um fim imediato. É, sim, de um lado, um meio que se utiliza para atender aos interesses, de modo imediato, dos credores, e apenas de modo mediato, do devedor e da coletividade; tanto é que os créditos públicos sequer se sujeitam à recuperação judicial. E, de outro lado, um dos princípios gerais do instituto, corolário do princípio constitutivo da recuperação do devedor, como se demonstrará no capítulo terceiro.

c) A LFRE não autoriza a alienação de bem objeto de garantia real ou sua substituição sem a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia (art. 50, §1º). Ou seja, o interesse do credor com garantia se sobrepõe, no que tange ao objeto, a qualquer outro objetivo que poderia ser almejado com a sua utilização como meio. Com outras palavras: o conteúdo das obrigações e a necessidade de atendê-lo, como objetivo imediato fim, formatam e limitam os meios de recuperação do devedor, e, naturalmente, qualquer outro objetivo mediato. Daí a necessidade de o plano de recuperação ser, sempre, conforme o Direito hoje posto, submetido à aprovação da assembleia geral de credores, conforme realçou o STJ ao examinar o RMS 30686:

O Plano de Recuperação Judicial apresentado pela empresa-devedora deve ser necessariamente submetido à apreciação da Assembléia Geral de Credores, o qual, se aprovado, por deliberação que bem atenda ao quórum qualificado da lei, será judicialmente homologado e, tornar-se-á, em princípio, imutável.<sup>674</sup>

---

<sup>674</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 20 out. 2010.

Ante o exposto, consigna-se: o objetivo imediato fim do *processo* de recuperação judicial é encontrar uma nova e planejada oportunidade para o devedor adimplir suas *obrigações*, o que pressupõe que superará a *crise econômico-financeira* em que se encontra (objetivo imediato meio), podendo, ou não, a sua atividade empresarial ser preservada *in totum*, ou não.

Como efeito esperado da concretização do objetivo imediato fim da recuperação judicial, por meio da recuperação do devedor, apropriado exprimir que o objetivo mediato do instituto – preservação da atividade empresarial – materializar-se-á na sua abrangente função sócio-econômica, a qual, neste contexto, poderá vir a ser compreendida como, por exemplo:

- a. estímulo à atividade econômica e à geração de tributos;
- b. manutenção da fonte produtora;
- c. manutenção dos empregos;
- d. lucro do empresário ou da sociedade empresária;
- e. segurança jurídica quanto ao conteúdo que for objeto de negócios jurídicos;
- f. capacitação dos funcionários, gerentes e administradores;
- g. alocação mais eficiente dos recursos escassos;
- h. incentivo à inovação e à capacidade tecnológica;
- i. maior diversificação de produtos e serviços para o consumidor;
- j. aumento da renda média do trabalhador;
- k. contribuição para a autoestima e bem-estar do povo;
- l. aperfeiçoamento das técnicas de gestão e sistemas de governança corporativa.

Em conformidade com o exposto, sublinham-se cinco aspectos delineadores da visão acerca do objetivo imediato (fim e meio), do objetivo mediato e suas diferentes concepções na recuperação judicial:

i) Nenhum objetivo poderá ser conquistado de modo duradouro sem que as obrigações sejam respeitadas e adimplidas.

ii) O devedor poderá ou não continuar no exercício da atividade empresarial. Portanto, *recuperação do devedor* não é sinônimo de *preservação da empresa*; apesar do vínculo bastante estreito que há entre o devedor e a atividade por ele exercida.

iii) A atividade empresarial poderá ser, total ou parcialmente, encerrada, com a transferência, provisória ou em definitivo, do estabelecimento ou de outros bens para terceiros.

iv) O interesse da coletividade presente na recuperação realiza-se por meio da conquista do objetivo imediato fim do instituto: adimplemento das obrigações.

v) Os efeitos advindos das atividades empresariais são inúmeros, diversificados e multidirecionados. Uma compreensão que permita avaliá-los em sua integralidade, mesmo empírica, pressupõe a inclusão de todos os agentes atuantes no mercado.

E, por fim, conclui-se: ignorar os direitos subjetivos contidos no processo de recuperação judicial, ou mesmo restringi-los de modo desmedido, em nome de um discurso de promoção de fins sociais, vago, incerto e incompleto, é olvidar os elementos essenciais e a natureza do instituto, o que significa atribuir-lhe funções que não possui e é incapaz de exercer.

### **2.3.3 Análise crítica quanto ao conteúdo e aos meios vinculados aos objetivos**

O Estado, quando se propõe a conduzir todo o sistema para as posições determinadas pelos objetivos de política econômica, “ele não supre, mas influi; não corrige, mas distorce; não assiste, mas impõe.”<sup>675</sup>

Impressiona que todos os objetivos sociais elencados na lei, idealizadores de um espírito altruísta dentro de uma economia de mercado, são almejados por meio de um processo de recuperação judicial que somente existe porque o empresário ou a sociedade empresária não conseguiu, por qualquer motivo, adimplir suas obrigações dentro do curso normal dos negócios. A ideia de transformar a recuperação do devedor em um instrumento de

---

<sup>675</sup> NUSDEO, 2008, p. 188.



política social é acolhida por expressiva parte da doutrina, que olvida se investigar, à luz dos fundamentos e da natureza do instituto, os efeitos da crise do devedor no mercado a partir do tratamento conferido aos credores.<sup>676</sup>

Atribuir a um instituto pré-falimentar a função primordial de, por meio dele, criar empregos, manter a fonte produtora e estimular a economia constitui-se em uma pretensão, na significativa maioria dos casos, muito pouco crível. Recorda-se, ainda, que no caso da LFRE o próprio Estado, claramente, transferiu todos os custos para os credores, pois, além de excluir dos efeitos da recuperação os seus créditos, impôs ao devedor a obrigação de apresentar certidões negativas de débitos fiscais.<sup>677</sup> Neste sentido, o reparo lúcido de Franco e Sztajn:

Interessante, todavia, que, em que pese a função social que se diz presente na nova lei, e a ênfase que se lhe dá no art. 47 da LRE, ao contrário do que ocorre no Direito francês, no italiano e, inclusive, no português, o Estado não intervenha, nem minimamente, para alavancar esta recuperação. Com isto, todo o pretense custo social, encargo igualmente do Estado, da recuperação e preservação da empresa e dos postos de trabalho, recaem, exclusivamente, sobre os ombros dos particulares, basicamente dos credores.<sup>678</sup>

Ainda, a contradição entre a análise dos fatores geradores de crise realizada pelo relator do Projeto na Câmara dos Deputados e o conteúdo normativo da Lei em si é total. Diz o ex-deputado Osvaldo Biolchi: “privilegiou-nos a Relatoria na importante missão de elaborarmos uma nova legislação consentânea com a crise da empresa e as dificuldades superáveis, fruto da carga tributária e da elevada taxa de juros”.<sup>679</sup>

Se os fatores geradores da crise econômico-financeira dos empresários e sociedades empresárias são a “carga tributária” e a “elevada taxa de juros”, não recomendaria a lógica adotar medidas para atacar tais fatores ao invés de unicamente restringir a eficácia dos direitos dos credores? Restringir a eficácia dos direitos dos credores, destaca-se, nenhum impacto

<sup>676</sup> P. ex., Bertoldi e Ribeiro: “[a LFRE] busca dar maior efetividade à intervenção judicial na empresa em dificuldade, com o propósito de minimizar as perdas decorrentes do estado de insolvência do empresário e do risco de cessação da atividade empresária e a conseqüente perda gerada para a sociedade humana, que deixaria de contar com os bens e serviços fornecidos pela empresa, assim como postos de trabalho e configuração de fatos geradores de tributos, que irão contribuir para o financiamento do aparato estatal e distribuição de renda.” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2009, p. 472).

<sup>677</sup> Cf. Ulhoa Coelho, a única situação em que o pedido de recuperação judicial será indeferido, sem a decretação da falência do devedor, é quando as certidões negativas referentes aos tributos deixarem de ser apresentadas após a aprovação do plano (art. 57). (COELHO, 2005, p. 188).

<sup>678</sup> FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 234.

<sup>679</sup> BIOLCHI, 2009, p. XLVII.

produzirá sobre a “carga tributária” e somente poderá contribuir para aumentar ainda mais a “elevada taxa de juros”.

Reitera-se o entendimento do STJ: “[...] a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados”.<sup>680</sup> O STJ, ao julgar o AgRg no CC 112646, do qual era objeto o exame “da competência para dispor sobre o patrimônio de empresa que, ocupando o polo passivo em Execução Fiscal, teve deferido o pedido de Recuperação Judicial”, invocou o art. 6º, §7º, da LFRE e os artigos 5º e 29 da Lei n. 6.830, de 1980, para afirmar que “o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal”, porque “a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados”.<sup>681-682</sup>

Convém verificarem-se os estudos de Alan Schwartz, Professor da Universidade de Yale, para quem a legislação falimentar, sob a perspectiva do Direito e da Economia, deve reduzir o risco do crédito, ao invés de objetivar a solução de problemas sociais, certamente importantes, mas de uma natureza mais abrangente daqueles presentes em torno do devedor que recorre ao Judiciário para solver sua crise. Para tanto, o sistema normativo deve direcionar-se para a extinção das atividades empresariais ineficientes e para a criação de condições de desenvolvimento de uma economia de alto desempenho e competitividade:

The law and economics approach nevertheless prefers liquidation, for two reasons. First, if the firm has negative economic value, then the firm specific human capital of its employees also has negative economic value. Such human capital is best redeployed to other pursuits. Second, unemployment is a general social problem, not a bankruptcy problem. Bankruptcy is a less important cause of unemployment than reductions in force to reduce costs. Social programs that cope with unemployment also help workers laid off in consequence of an insolvency, so there is no need for a separate bankruptcy rule.

<sup>680</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª S. AgRg no CC 112646. Relator: Min. Ministro Herman Benjamin, *DJe* 17 maio 2011.

<sup>681</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª S. AgRg no CC 112646. Relator: Min. Ministro Herman Benjamin, *DJe* 17 maio 2011.

<sup>682</sup> O STJ, ao julgar o REsp 844.279, concedeu ao devedor, cuja falência havia sido decretada em 04.04.1995, mas que, mesmo assim, foi-lhe concedido o direito de continuar com o exercício da atividade empresarial, como se estivesse em situação de recuperação judicial, o direito de pleitear a sua adesão ao programa de parcelamento de débitos fiscais em face da ausência de expressa vedação na lei. Entendeu o Tribunal Superior que “a tendência da atual doutrina e legislação brasileira sobre o regime falimentar das empresas [...] orienta-se no sentido de viabilizar que as empresas, ainda que esteja em situação falimentar, devem ter garantido seu direito ao acesso aos planos de parcelamento fiscal, no sentido de manterem seu ciclo produtivo, os empregos gerados, a satisfação de interesses econômicos e o consumo da comunidade.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. REsp 844.279. Relator: Min. Luis Fux. *DJ* 19 fev. 2009).

[...]

The initial, and the current, law and economics approach thus both hold that bankruptcy system should ignore the social problems that economic failures create, not because these problems are unimportant but because they are part of more general social problems that should be solved by more general social programs.<sup>683</sup>

Ademais, é comum em uma economia de mercado os empresários e as sociedades empresárias reorganizarem a atividade empresarial, o que significa, não raro, redução de postos de trabalho e até mudança do local de produção: “Healthy firms in decentralized economies commonly close, reduce the scale of or move plants. These economic choices in the aggregate help society but can hurt particular localities.”<sup>684</sup>

No esteio dessas colocações, recorda-se que o setor privado apoia-se na lei da maximização dos resultados (hedonista), as pretensões externas “não se convertem em efeitos internos diretamente produzidos mas apenas são filtradas de acordo com o critério de seleção inerente ao próprio sistema e assim recicladas segundo a sua lógica interna. O Direito como sistema instrumental da Política não conseguirá impor à Economia de base hedonista padrões exógenos a ela, mas apenas injetar-lhe estímulos para serem processados endogenamente segundo a mecânica característica.”<sup>685</sup>

O sucesso ou o fracasso do empresário não é determinado por decisões judiciais, salvo exceções delineadas por situação fático-jurídica muito específica. As decisões podem constituir um estado novo, que dê ao empresário uma probabilidade maior de êxito, mas jamais substituirá, sobretudo no médio e longo prazo, a imprescindível competência para as inúmeras decisões que devem ser tomadas no exercício da atividade empresarial diariamente.

Atenta-se para as observações de Ferro:

Desde el punto de vista empresario, identificar una oportunidad en una crisis esta en manos de los responsables de la dirección de la empresa que tienen a su cargo la política de liquidez y la gestión de la crisis en la empresa, sino hay política de liquidez y no se gestiona en tiempo y forma a las crisis aparece el desequilibrio económico para hacer frente a las obligaciones exigibles y con ello la necesaria utilización de las herramientas concursales para evitar la desaparición del mercado.<sup>686</sup>

<sup>683</sup> SCHWARTZ, Alan. The law and economics approach to corporate bankruptcy. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Direito empresarial: falimentar e recuperação empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6. p. 25-53, p. 28-29.

<sup>684</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>685</sup> NUSDEO, 2008, p. 218.

<sup>686</sup> FERRO, 2008, p. 234.

Tentar fazer com que a recuperação judicial do devedor em crise econômico-financeira seja um instrumento, em sua essência, destinado a estimular a economia e criar ou manter empregos, como vem tentando a doutrina, importaria na transferência, para os credores particulares, de deveres que competem, fundamentalmente, ao Estado e seus programas, formatados e executados dentro dos limites fixados pela Constituição Federal.<sup>687</sup>

O entendimento de que a preservação da empresa é um objetivo hierarquicamente superior *a priori* à satisfação dos interesses dos credores para a recuperação judicial, como sustentado pela maioria da doutrina brasileira, remete às lições de Sánches Ruiz acerca da utilização do princípio da preservação da empresa – “entendido como garante del mantenimiento de la empresa en cuanto valor económico digno de tutela por parte del Ordenamiento” – como fundamento jurídico para a exclusão de sócios:

De acuerdo con esta postura, el instituto de la exclusión tendería a satisfacer intereses de naturaleza jurídico-pública, conectados a la conservación de la empresa como medio de tutela de los diferentes intereses implicados en ésta (no sólo de socios, sino también de los trabajadores, los acreedores sociales e incluso los de la economía nacional).<sup>688</sup>

A definição de qualquer objetivo que se queira realizar conduz à necessidade de se observarem os fatores que o promovem e aqueles que o afastam. Considerando que mais de um objetivo é almejado, e que os recursos escassos não permitem que todos sejam promovidos em sua intensidade máxima, é certo que estes deverão ser administrados de modo a promover o conjunto de objetivos da forma mais eficaz possível. Portanto, um método para a concretização dos objetivos da recuperação judicial é mais relevante do que a pretensão irreal de realizá-los todos, ao máximo e sempre, como deixou transparecer o legislador.

No caso da recuperação judicial, quanto mais tempo o devedor mantiver a atividade empresarial deficitária, menor será a possibilidade de as obrigações serem cumpridas. Avança-se: a preservação da atividade empresarial que não gera lucros corrói, mais cedo ou tarde, todos os recursos que poderiam pagar, ao menos em parte, os credores do empresário

<sup>687</sup> Cf. Ashton, a nova lei de falência alemã, de 5 de outubro de 1994, com vigência iniciada em 1ª de janeiro de 1999, revogou a lei anterior, que datava de 1877, e estabeleceu que os créditos salariais relativamente aos três meses anteriores à decretação da falência podem ser exigidos da “Delegacia do Trabalho (*Arbeitsamt*)”. (ASHTON, Peter Walter. A nova lei falimentar alemã. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 31, p. 1-201, 2005. p. 141-142).

<sup>688</sup> SÁNCHEZ RUIZ, 2006, p. 56. Cf. Sánches Ruiz: “Respecto de algunas opiniones, hoy superadas, desarrolladas sobre todo en el Derecho italiano, que atribuyen a la exclusión una finalidad de conservación de la empresa para satisfacer intereses públicos o de la economía nacional, vid. [...]” (Ibid., p. 56, nota 68).

ou da sociedade empresária que exerce tal atividade. Logo, quanto mais cedo a atividade empresarial inviável for encerrada, maior será (i) a capacidade de adimplemento das obrigações, inclusive as de natureza trabalhista, (ii) a promoção das demais atividades empresariais exercidas pelos credores, (iii) o estímulo à atividade econômica, e (iv) a eficiência econômica de realocação dos recursos. Ainda, (v) mais rápida será a própria recuperação do devedor, não acerca da crise, mas sim quanto ao restabelecimento de sua capacidade para exercer novas atividades empresariais e à extinção de suas obrigações, por meio de um processo de falência célere (art. 75, parágrafo único, da LFRE), conforme se depreende dos artigos 102, 157, 158, incisos I a IV, e 159, da citada Lei.

Destarte, a promoção do conjunto de objetivos da recuperação judicial desafia a todos, em especial ao legislador, aos juízes, aos credores, aos devedores e aos administradores judiciais a encontrar no espaço e no tempo compreendidos entre a data do despacho que defere o processamento da pretensão (art. 52) e a data da sentença que decreta o encerramento da recuperação judicial (art. 63), no meio das quais se põe a decisão que concede a recuperação (art. 58), as soluções que promovam o conjunto de objetivos, sempre equacionadas a partir da eficácia dos direitos dos credores e da viabilidade econômico-financeira de se manter a atividade empresarial exercida pelo devedor. Recordar-se o sobreaviso de Valverde quando da manifestação acerca do futuro da concordata:

Se os juízes falharem, a desmoralização do instituto evidenciará a incapacidade do Judiciário para tão elevada missão.

Mas esperamos que isto não suceda. E não sucederá, se os juízes forem intransigentes na observância dos preceitos legais que impõem condições e requisitos [...].<sup>689</sup>

A tomada de decisões insuficientemente fundamentadas, como ocorre quando um ou outro princípio é, sem mais nem menos, citado como razão de decidir, não raro o da preservação da empresa em face da sua função social, tende a retirar da recuperação judicial qualquer chance de se firmar como um instituto seguro e eficaz na materialização de seus objetivos.

---

<sup>689</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*: Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de setembro de 1945. 4. ed. rev. e atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 238.

A questão acima foi observada pelo STJ, provavelmente pela primeira vez acerca da recuperação judicial, no julgamento do AgRg no CC 110.250 pela 2ª Seção, ocorrido em 8 de setembro de 2010, portanto, mais de 5 (cinco) anos após a entrada em vigência da Lei n. 11.101, que ocorreu em 9 de junho de 2005. Era objeto do recurso a mudança do prazo de 180 (cento e oitenta) dias fixados na lei. A ministra Nancy Andrigui, na qualidade de relatora do recurso, sublinhou que “a função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo”. De modo que “o temperamento banalizado e desmedido do prazo de suspensão pode, desde já, importar retrocesso para o drama vivido na época das intermináveis concordatas, que o legislador procurou sepultar.” A regra legal, conforme o acórdão, até “pode comportar exceções”, quando se tratar de “situações excepcionais, a serem oportunamente enfrentadas” pelo STJ.<sup>690</sup>

De qualquer forma, o acórdão, por ter dado prevalência à regra jurídica no sentido posto na lei, não explica como as exceções devem ser fundamentadas. O exame de todos os demais acórdãos proferidos até o momento pelo STJ e pelo TJRS acerca da recuperação jurídica revela que as decisões que invocam algum de seus princípios, sobretudo o da preservação da empresa, como razão de decidir não explicitam os argumentos subjacentes à opção pela prevalência de um ou outro princípio de forma passível de ser contrastada. Nesta vereda, permanece atual o alerta de Valverde:

A lei vigente, com a estruturação processual da concordata, submete a magistratura à pesada prova de competência. Dá-lhe atribuições delicadas e poderes amplos, com duplo objetivo: o de resolver, honestamente, o conflito de interesses individuais e o de preservar a empresa mercantil contra a ameaça de sua destruição.<sup>691</sup>

Por isso, salienta-se: a menção de um princípio qualquer, que se caracteriza pelo seu caráter *prima facie*,<sup>692</sup> para justificar uma norma definitiva sequer é passível de questionamento, pois submersos permanecem os argumentos. E quando não há clareza acerca da estrutura dos direitos e de suas normas, “não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito.”<sup>693</sup>

---

<sup>690</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrigui. *DJe* 16 set. 2010.

<sup>691</sup> VALVERDE, 1999, p. 238.

<sup>692</sup> ALEXY, 2008, p. 104.

<sup>693</sup> *Ibid.*, p. 45.

## 2.4 DO PROCESSAMENTO DA PRETENSÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 2.4.1 Exposição didática do procedimento e estruturação dos prazos

O procedimento disposto na Lei n. 11.101, de 2005, para a ação de recuperação judicial é, como já referido, atípico porque se aplica, em sua integralidade, unicamente à ação de recuperação judicial. Deste modo, também o processo de recuperação é, formal e materialmente, único no ordenamento jurídico, aplicando-se a ele, somente de modo subsidiário, o Código de Processo Civil, *ut* art. 189. O procedimento pode ser descrito, de modo didático, desta forma.

Quanto ao despacho inicial:

(a) O devedor ingressa com a petição inicial, instruindo-a com os documentos elencados no art. 51, incisos I a IX.<sup>694</sup>

(b) O juiz, “estando em termos a documentação” deferirá “o processamento da recuperação judicial”, e providenciará as medidas legais daí decorrentes (art. 52, incisos I a V, II, III), dentre elas a publicação do edital contendo o resumo do pedido e a relação nominal de credores, o valor e a classificação de cada crédito (art. 52, §1º).

Quanto aos créditos:

(c) Os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou divergências quanto aos créditos (art. 7º, §1º), a contar da publicação do edital decorrente do despacho inicial (art. 52, §1º).

(d) O administrador terá o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar do término do prazo de 15 (quinze) dias previsto no edital decorrente do despacho inicial, para publicar a relação de credores (art. 7º, §§ 1º e 2º). Desta publicação, qualquer credor, o devedor, seus sócios ou o Ministério Público terão o prazo de 10 (dez) dias para impugnar a relação de credores (art. 8º). A impugnação será autuada em separado (art. 8º, parágrafo único).

---

<sup>694</sup> Os artigos citados, quando desacompanhados da menção legislativa, integram a Lei n. 11.101, de 2005 (LFRE).

Quanto ao plano:

(c) O devedor apresentará o plano de recuperação em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, a contar da publicação do edital decorrente do despacho inicial (art. 52, §1º), detalhando os meios a serem empregados na superação da crise e a sua viabilidade econômica (art. 53).<sup>695</sup>

(d) Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação, pelo administrador, do edital, referente à relação de credores (art. 55), o que deverá ocorrer em até 45 (quarenta e cinco) dias a contar do término do prazo de 15 (quinze) dias previsto no edital decorrente do despacho inicial (art. 7º, §§1º e 2º; art. 52, §1º). Caso o plano tenha sido apresentado após a publicação do edital referente à relação dos credores, o prazo para apresentar objeção ao plano iniciar-se-á da publicação do edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação (art. 53, parágrafo único; art. 55, parágrafo único).

Ao julgar o RMS 30686, o STJ assim enfatizou a relevância do plano para a recuperação judicial:

O Plano de Recuperação Judicial, em que se discrimina, de forma pormenorizada, o modo como se dará o soerguimento e a reestruturação da empresa combatida, bem como a viabilidade econômica desta, com a avaliação de seus bens e ativos e a consecução de laudo econômico-financeiro, consubstancia o principal instrumento para que o processo de Recuperação Judicial, num esforço comum dos credores, da empresa e da sociedade em geral, obtenha êxito, mantendo-se, por conseguinte, o prosseguimento da atividade econômica.<sup>696</sup>

Quanto à aprovação do plano:

(e) Não havendo objeção ao plano apresentado pelo devedor, o juiz concederá a recuperação (art. 58). Havendo objeção, o plano será objeto de deliberação pela assembleia geral de credores, que deveria ocorrer em até 150 dias a contar do deferimento do

---

<sup>695</sup> O *Chapter 11* (“*business reorganization*”), da lei americana, contempla tanto os planos dos credores quanto o plano do devedor, e comumente são apresentados meses, se não anos, após o ajuizamento do pedido. Enquanto sob o *Chapter 13*, apenas o devedor pode formular o plano, que, via de regra, é apresentado concomitantemente com a “*bankruptcy petition*”. Cf. EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 13.

<sup>696</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 20 out. 2010.



processamento da recuperação (art. 56, §1º),<sup>697</sup> e será composta pelas seguintes classes de credores: (i) titulares de créditos trabalhistas; (ii) titulares de créditos com garantia real; e (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados (art. 41, incisos I a III).

(f) As três classes de credores deverão aprovar o plano. Pela classe dos titulares de créditos com garantia real e a classe dos titulares de créditos quirografários, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes (art. 45, §1º).<sup>698</sup> Pela classe dos titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes (art. 45, §2º). Aprovado o plano, nestes termos, o juiz concederá a recuperação (art. 58). Poderá, ainda, o juiz conceder a recuperação se o plano tiver sido aprovado pelos titulares de crédito que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes na assembleia, independentemente de classe, e, cumulativamente, tenha sido aprovado por 2 (duas) das 3 (três) das classes de credores. Se houver apenas 2 (duas) classes, então que tenha sido aprovado por 1 (uma) delas, e, ainda, por um 1/3 (um terço) dos credores da classe que rejeitou o plano, tudo computado na forma do art. 45, §§1º e 2º.<sup>699</sup> E mantendo a igualdade entre os credores da classe que o houver rejeitado (art. 58, §1º, incisos I a III).

Quanto à concessão:

(h) O devedor, se concedida, permanecerá em recuperação judicial pelo prazo de 2 (dois) anos, desde que cumpra com todos os compromissos constantes no plano (art. 61). Cumpridas as obrigações vencidas neste prazo, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial, e providenciará as medidas finais (art. 63, incisos I a V).

---

<sup>697</sup> A LFRE não prevê nenhuma consequência para o descumprimento deste prazo de 150 (cento e cinquenta) dias, passível de ocorrer em muitas Ações de Recuperação Judicial. Todavia, o art. 22, I, g, assegura que é responsabilidade do administrador judicial requerer a convocação da assembleia geral de credores. Assim, ao menos em tese, poderia ser requerida a sua substituição no caso de postergação injustificada da realização da assembleia, *ut* art. 31.

<sup>698</sup> O *quorum* é qualitativo (maioria dos créditos) e quantitativo (maioria dos credores), para cada uma das classes. Para a classe dos trabalhistas, o *quorum* é apenas quantitativo. Entendimento diverso, outrora adotado por Erasmo Valladão, foi por ele revisto: “Reformulamos, aqui, após melhor reflexão, o ponto de vista exposto na primeira edição destes comentários. O *quorum* quantitativo deve ser verificado também em cada classe e não na assembléia.”(NOVAES FRANÇA, 2007, p. 217).

<sup>699</sup> A possibilidade corresponderia, no Direito norte-americano, ao que se chama de *cram down*.

(i) A falência do devedor será decretada, quando: (a) a assembleia geral de credores assim deliberar (art. 73, I e III); (b) o devedor não apresentar o plano (art. 73, II); (c) quando o devedor deixar de adimplir as obrigações constantes no plano (art. 74, IV).

Na recuperação judicial, a estrutura dos prazos pode assim ser descrita: a publicação do edital referente ao deferimento do processamento do pedido (art. 52, §1º, LFRE) deflagra três prazos: 1) um prazo para o devedor, acerca da apresentação do plano; 2) um prazo para os credores, acerca da habilitação ou divergência dos créditos; 3) outro prazo para o juiz e administrador judicial, acerca da data limite para a realização da assembleia geral de credores, se houver necessidade (art. 56, §1º, LFRE).

Cumpra-se explicitar. Da publicação do edital (art. 52, §1º) conta-se o prazo de 60 (sessenta) dias para o devedor apresentar o seu plano (art. 53), que poderá ser impugnado no prazo de 30 (trinta) dias (art. 55), a contar do término do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias conferidos ao administrador para publicar a relação de credores (art. 7º, §2º). Caso a relação não tenha sido publicada, o prazo iniciar-se-á do edital contendo o aviso sobre o recebimento do plano (art. 53, parágrafo único; art. 55, parágrafo único).

Da publicação do edital (art. 52, §1º) conta-se o prazo de 15 (quinze) dias para os credores informarem seus créditos (art. 7º, §1º), no término do qual se inicia o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o administrador publicar a relação de credores (art. 7º, §2º). E, a partir desta publicação, o prazo de 10 (dez) dias para se impugnar a relação de credores.

Da publicação do edital (art. 52, §1º) conta-se o prazo de 150 (cento e cinquenta) dias para a realização da assembleia geral, na qual os credores e o devedor decidirão acerca do plano de recuperação (art. 56, §1º).

Como se vê, a apresentação do plano pelo devedor deve coincidir com a publicação do edital, pelo administrador, da relação dos credores.<sup>700</sup>

Deste modo, havendo obediência às regras processuais previstas na LFRE acerca dos prazos, é correto informar que: 1) Em 90 (noventa) dias saber-se-á se houve qualquer objeção

---

<sup>700</sup> Na maior parte dos casos de reorganização nos Estados Unidos, submetidos ao *Chapter 11*, não há um administrador (“trustee”). Cf. EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 13.

ao plano. 2) Em 70 (setenta) dias saber-se-á se houve qualquer impugnação à relação de credores. 3) Em até 150 (cento e cinquenta) realizar-se-á a assembleia se qualquer objeção ao plano foi apresentada. A contagem destes prazos inicia-se da publicação do edital referente ao deferimento do processamento do pedido (art. 52, §1º).

O STJ, ao julgar o AgRg no CC 110.250, o qual versava acerca da existência de conflito positivo de competência na realização, pela Justiça do Trabalho, de atos de execução após a Justiça Comum ter deferido o processamento do pedido de recuperação judicial (despacho inicial, art. 52), e já transcorrido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias fixado nos §§4º e 5º do art. 6º, evidencia uma tentativa de restaurar a presunção de validade e eficácia das regras instituidoras e estruturantes dos prazos legais.<sup>701</sup>

O Tribunal, ao mesmo tempo em que sublinhou ser o adimplemento das obrigações de responsabilidade do devedor o objetivo primordial da recuperação judicial, atentou-se, pela primeira vez, para a estrutura dos prazos, acima detalhada, e nela também embasou a alteração de sua interpretação acerca do prazo de suspensão estabelecido pela regra jurídica. Lê-se no voto:

O termo de 180 dias previsto no art. 6º, §4º, guarda consonância com diversos outros prazos e procedimentos, tais como os dos arts. 53 e 56, §§ 1º e 4º, segundo os quais: (i) o plano de recuperação deverá ser apresentado em juízo no prazo improrrogável de 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial; (ii) a realização da assembleia geral de credores não excederá 150 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial; e (iii) rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor. Constata-se, portanto, ter o legislador concatenado o período de suspensão de 180 dias com o trâmite do próprio pedido de recuperação, que deve primar pela celeridade e efetividade, com vistas a evitar maiores prejuízos aos trabalhadores e à coletividade de credores, bem como à própria empresa devedora.<sup>702</sup>

A nova interpretação dada pelo STJ aos §§4º e 5º do art. 6º da Lei n. 11.101, de 2005, consta assim descrita no acórdão: “Dessa forma, a rigor, superado o prazo de suspensão sem que tenha havido a aprovação do plano de recuperação, devem as ações e execuções individuais retomar o seu curso, até que seja aprovado o plano ou decretada a falência da empresa.”

---

<sup>701</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrihgi. *DJe* 16 set. 2010.

<sup>702</sup> *Ibid.*

Os apontamentos acima permitem afirmar que os prazos na recuperação judicial exercem imensa influência sobre os efeitos advindos da relação entre a eficácia dos direitos passíveis de serem exigidos pelos credores e as medidas restritivas desta eficácia, adotadas na tentativa de preservar a atividade empresarial. A desconsideração ou relativização dos prazos fixados na lei pelos juízes e Tribunais, inexoravelmente, conduz à insegurança jurídica, reduz a eficiência da recuperação judicial e, como proferido pelo STJ, obstaculiza o adimplemento das obrigações.

#### **2.4.2 Legitimidade *ad causam*: ativa e passiva**

A Lei n. 11.101, de 2005, confere legitimidade para propor a Ação de Recuperação Judicial ao empresário e à sociedade empresária (art. 1º), e, ainda, em caráter extraordinário e *numerus clausus*, ao cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente (art. 48, parágrafo único).

Logo, nenhum credor tem legitimidade para pleitear a recuperação judicial de quem lhe deve.<sup>703</sup>

E, expressamente, não confere legitimidade à empresa pública, sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade de seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades equiparadas a estas por força de lei (art. 2º, I e II).

A legitimidade dos sujeitos ativos está condicionada aos requisitos elencados no art. 48, incisos I a IV, que deverão ser atendidos de modo cumulativo:

a) Exercício regular da atividade empresarial, o que pressupõe sua inscrição no Registro Público de Empresa e a existência dos livros fiscais obrigatórios, há mais de 2 (dois) anos.

---

<sup>703</sup> Nos Estados Unidos, tanto o devedor quanto os credores têm legitimidade para ingressar com a ação, nos termos do *Chapter 11 (business reorganization)*. Cf. EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 13.

b) Caso tenha falido, ter tido as responsabilidades extintas por sentença transitada em julgado.

c) Não lhe ter sido concedida a recuperação há menos de 5 (cinco) anos.

d) Não lhe ter sido concedida a recuperação há menos de 8 (oito) anos como microempresa ou empresa de pequeno porte.

e) Não ter sido condenado, nem mesmo como administrador ou sócio controlador, por qualquer dos crimes estabelecidos na LFRE.

Todos os titulares de créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, têm legitimidade passiva para atuar na ação de Recuperação Judicial (art. 49). O plano obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos (art. 59).

Desta forma, por não terem os seus créditos submetidos à recuperação, não têm legitimidade:

a) A União, os Estados, os Municípios e o INSS. O art. 6º, §7º, da Lei n. 11.101, de 2005, estabelece que as ações de natureza fiscal sequer serão suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, e o art. 57 exige a apresentação das certidões negativas de débitos tributários.

O STJ, ao julgar o AgRg no CC 112646, do qual era objeto o exame “da competência para dispor sobre o patrimônio de empresa que, ocupando o polo passivo em Execução Fiscal, teve deferido o pedido de Recuperação Judicial”, itera-se, invocou o art. 6º, §7º da Lei n. 11.101, de 2005, e os arts. 5º e 29 da Lei n. 6.830, de 1980, para afirmar que “o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal”, porque se trata de “modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados”, de modo que:

[...] a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser

aprovado pela assembléia-geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005).<sup>704</sup>

b) Os titulares de crédito referente a obrigação de caráter gratuito (art. 5º, I).

c) Aquele que demanda por quantia ilíquida (art. 6º, §1º).

d) Os credores em face de posição de proprietário fiduciário, de arrendamento mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujos contratos que contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, e de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (art. 49, §3º).

e) Os titulares de crédito vinculado a contrato de câmbio (art. 49, §4º).

f) Os titulares de crédito derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes (art. 199, §§1º e 2º).

Frisa-se que a lei não confere ao credor que não tiver o valor ou as condições originais de pagamento alterado legitimidade para votar nas deliberações acerca do plano (art. 45, §3º).<sup>705</sup>

### **2.4.3 A crise econômico-financeira como condição fática para a ação judicial**

De plano, pergunta-se: quem está em crise econômico-financeira? A pergunta já indica que somente poderá estar em tal crise uma pessoa, e não uma coisa ou atividade, porque então a pergunta teria de ser: o que está em crise? O Direito regula a conduta de pessoas. A recuperação judicial aplica-se ao empresário e à sociedade empresária (art. 1º). Daí o texto do

---

<sup>704</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª S. AgRg no CC 112.646. Relator: Min. Herman Benjamin, *DJe* 17 maio 2011.

<sup>705</sup> Cf. Novaes França: “Na hipótese enfocada, o crédito em questão é computado apenas para fins do *quorum* de instalação, mas não de deliberação. Parte o legislador do discutível pressuposto de que ao credor faltaria interesse na deliberação sobre o plano”. (NOVAES FRANÇA, 2007, p. 217).

art. 47 da LFRE, corretamente, afirmar: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor [...]”,<sup>706-707</sup>

A definição de uma alternativa viável para a preservação da atividade empresarial, mesmo que ela importe no afastamento do empresário; em mudança na administração da sociedade empresária; em transferência do capital social; ou venda do estabelecimento, constituir-se-á, em sede de recuperação judicial, em uma tentativa de fazer com que o devedor consiga superar a situação de crise econômico-financeira em que se encontra.

A natureza da relação entre o empresário, ou, se for o caso, dos administradores da sociedade, e a empresa, subjaz à opção realizada pelo legislador em manter o devedor ou seus administradores na condução da atividade empresarial, salvo ato ilícito (art. 64). Compete, contudo, ao comitê de credores, quando ocorrer o afastamento do devedor, atuar para promover a “continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano” (art. 26). E é atribuído à assembleia geral de credores o direito de apresentar “o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor” (art. 35).

Portanto, sempre é o devedor – empresário ou sociedade empresária – quem está em crise econômico-financeira.

A situação de crise, longe de ser um ato ou fato isolado, é resultado, ela mesma, de um processo que, lenta ou aceleradamente, converge para uma situação de escassez de recursos. Nesta senda, também as reflexões de Sztajn:

Raramente a crise é fruto de um evento isolado. Em regra, resulta de decisões administrativas, cujos efeitos negativos aparecem paulatinamente. Não sendo tomadas medidas corretivas no momento adequado, os efeitos não apenas se perpetuam como podem agravar o problema.<sup>708</sup>

---

<sup>706</sup> No mesmo sentido, José Roque: “Reputa-se devedor no estado de crise econômico-financeira aquele sujeito às dificuldades temporárias do seu negócio, com liquidez, insolvência ou em situação patrimonial a merecer readequação planejada de sua atividade.” (ROQUE, 2005, p. 101). Cf. Altemani e Silva: “Em sentido literal a expressão recuperação de empresas pertine à recuperação da atividade produtiva.” (ALTEMANI; SILVA, 2006, p. 32).

<sup>707</sup> Em sentido contrário, Bezerra Filho: “A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação;” (BEZERRA FILHO, 2009, p. 123). Cf. Mandel: “[...] a nova legislação teve a preocupação de criar normas que buscam viabilizar a recuperação da empresa [...]” (MANDEL, 2005, p. 93).

<sup>708</sup> SZTAJN, 2007, p. 249.

Crise econômica significa que o valor dos passivos (deveres e débitos) é superior ao valor dos ativos (direitos e créditos). Por conseguinte, o patrimônio líquido está negativo. Nesta hipótese, se todo o patrimônio fosse alienado, e todos os créditos recebidos, ainda assim, faltaria dinheiro para pagar todos os credores. Nas palavras de Ferro:

Por desequilíbrio económico, identificamos la crisis de un patrimonio cesado en sus pagos. Es la impotencia del patrimonio para cumplir con sus obligaciones liquidas y exigibles de manera general y permanente provocado por una combinación factores endógenos y exógenos.<sup>709</sup>

E nas de Ochoa e Weinmann:

A crise econômica, para além dos marcos da crise financeira ou de liquidez temporária, representa a situação em que a empresa passa a atuar com patrimônio líquido negativo, o que significa não somente a incapacidade de pagamento, mas também a situação em que as dívidas são superiores ao ativo.<sup>710</sup>

Crise financeira, por sua vez, significa crise de liquidez, carece o devedor de condições para “transformar facilmente e sem perda, ativos não monetários em moeda”.<sup>711</sup> O devedor não dispõe de dinheiro em determinado período, posto que possua patrimônio líquido positivo. Ilustra Sztajn:

Crise financeira implica iliquidez, incapacidade de, momentaneamente, adimplir, que não tem como causa desequilíbrio patrimonial negativo ou adverso. Daí que a concessão ou ampliação do prazo para adimplir permite liquidar alguns ativos que, transformados em moeda, servirão para pagar o passivo sem que isso afete a solvência futura do devedor.<sup>712</sup>

A crise econômico-financeira constitui-se na causa de pedir – *causa petendi* – da ação de recuperação judicial. Por isso, nascerá para o devedor o direito à ação (pretensão) de recuperação quando ele comprovar, *ut art. 51, I, II, III, IV, VII, VIII e IX, da LFRE*, que se encontra, de fato, em uma situação que o impossibilita honrar os seus compromissos de caráter econômico, nos termos em que havia sido pactuado.

*Ex positis*, correto dizer que estar em crise econômico-financeira significa, na e para a recuperação judicial, que o empresário ou a sociedade empresária encontra-se em uma situação fática na qual carecem de condições para adimplir suas obrigações, seja porque o seu

<sup>709</sup> FERRO, 2008, p. 229.

<sup>710</sup> OCHO; WEINMANN, 2006, p. 62.

<sup>711</sup> SZTAJN, *op. cit.*, p. 219.

<sup>712</sup> *Ibid.*, p. 219.



patrimônio líquido está negativo (valor dos ativos é inferior ao valor dos passivos) – crise econômica –, seja por não dispor de moeda corrente em face da ausência de liquidez quanto aos seus bens – crise financeira.

Ocorre que toda crise é gerada por fatores,<sup>713</sup> e como seria possível concluir que uma determinada situação fática, de natureza econômico-financeira, pode ser significativamente alterada enquanto não identificados os fatores que a provocaram?

Recuperar o que é recuperável pressupõe que se conheça (i) o que, no plano e nas circunstâncias existenciais, se oferece à recuperação, e (ii) porque esta situação foi constituída. Depois, (i) se a recuperação é economicamente viável, e, caso seja, (ii) a que custo, e (iii) quais os benefícios esperados. Para, só então, se decidir, diante do caso concreto, o caminho que promove de forma mais eficiente o conjunto de objetivos pertinentes ao instituto, nos termos aduzidos no item 2.4, retro.

A empresa, como atividade organizada para a produção e circulação de bens e serviços, abrange inúmeros fatores inerentes a sua dinâmica. Conhecê-los, em tese, é muito importante. Essencial, porém, é saber como, no caso concreto, eles se apresentam. Daí a necessidade de se ter prudência para não sacrificar direitos e bens jurídicos em vão.

A pesquisa denominada de “Fatores Condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresas no Brasil/2003-2005”, datada de agosto de 2007, e realizada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE – nos 27 Estados brasileiros, nos quais foram pesquisados 5.727 (cinco mil e setecentos e vinte e sete) empresários e sociedades empresárias, fornece informações importantes acerca dos fatores geradores da crise econômico-financeira que, não raro, importam na extinção da atividade empresarial.<sup>714</sup>

Os dados de registro e fechamento foram coletados nas Juntas Comerciais Estaduais. E as informações com relação aos principais problemas que levaram os empresários a fechar as portas e os fatores de sucesso para aqueles que continuaram no mercado foram fornecidos pelos próprios empresários. Os pesquisadores foram a campo e, por meio de visitas ao

---

<sup>713</sup> FERRO, 2008, p. 231.

<sup>714</sup> FATORES Condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresas no Brasil/2003-2005. 2007. Disponível em: <[http://www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade\\_2003\\_2005.pdf](http://www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade_2003_2005.pdf)>. Acesso em: 4 jan. 2010.

endereço comercial ou residencial, telefonemas, consultas na vizinhança, localizaram empresários, sócios e contadores, que responderam a diferentes questionários, estruturados em dois modelos: um para empresários que extinguíram as suas empresas e outro para aqueles que ainda exercem a atividade empresarial. Os empresários consultados iniciaram as atividades empresariais em 2000, 2001 e 2002.

O percentual de pequenas sociedades empresárias ou empresários que permaneceram exercendo suas atividades, por pelo menos dois anos, passou de 51% em 2002 para 78% em 2005. E isso se deu, conforme a pesquisa, em face da melhoria do ambiente econômico, no qual houve a redução e o controle da inflação, a gradativa redução das taxas de juros, o aumento do crédito para as pessoas físicas, o aumento do consumo e a qualificação dos empresários. De acordo com a pesquisa, o cuidado com o planejamento inerente à atividade preocupava 71% dos empresários em 2005, contra 24% em 2000/2002. A organização passou a receber atenção de 54% dos empresários em 2005, contra 17% em 2000/2002. O marketing e vendas, 47% contra 7%. A análise financeira, 36% contra 7%. E as relações humanas, 38% contra 3%.<sup>715</sup>

O estudo minucioso dos resultados oferecidos pela pesquisa sinaliza que três fatores são balizadores para a preservação de uma empresa no Brasil: (i) planejamento e monitoramento; (ii) formação profissional qualificada; e (iii) capacidade de gestão. Tais fatores não são passíveis de serem obtidos por meio de um processo de recuperação judicial, porque são estruturais e não pontuais. De acordo com Jorge Lobo, “pesquisas recentes na Inglaterra e na Espanha, que retratam, sem dúvida, a realidade dos demais países europeus e, de resto, de todo o mundo”, indicam como fatores causadores de crise:

- a) falta ou deficiente competitividade; b) reduzida produtividade por empregado; c) empresas de pequeno porte sem escala para rivalizar em um mercado globalizado; d) pouca capacidade exportadora; e) falta de controle financeiro; f) gestão inadequada; g) elevada estruturas de custos; h) mudança da demanda; i) inexistência ou insuficiência da política de *marketing*; j) projetos de expansão e aprimoramento frustrado; l) aquisições, incorporações, fusões e cisões fracassadas; m) má administração do *cash flow* etc.<sup>716-717</sup>

<sup>715</sup> FATORES..., 2007.

<sup>716</sup> LOBO, 2009, p. 144-155.

<sup>717</sup> Cf. Jorge Lobo: “Em nosso país, podemos apontar, por exemplo, como causas externas de insolvência: a) o bloqueio dos cruzados novos no Banco Central; b) a criação de impostos extraordinários; c) as mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia; d) a liberação das importações; e) a redução das tarifas alfandegárias; f) a queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; g) o aperto da liquidez dos bancos etc. Como causas internas ou causas imputáveis às próprias empresas e aos empresários: a) sucessão do

De fato, muitos são os fatores (internos e externos) que podem influenciar de modo decisivo a longevidade de uma atividade empresarial. Ocorre que a expressiva maioria deles, em algum momento foi, ou poderia ter sido, considerada pelo empresário ou administradores e sócios da sociedade empresária nas decisões que foram tomadas.<sup>718</sup> Dos fatores negativos que seguem, por exemplo, todos estão sujeitos a efeitos decorrentes da ação humana:

a) Ausência de planejamento voltado para a formação dos herdeiros dos sócios controladores e para a estruturação do poder político inerente à propriedade do capital social.

b) Ausência de projeções, controles e monitoramento dos indicadores econômico-financeiros.

c) A existência de uma cultura organizacional que não estimula o aperfeiçoamento contínuo dos colaboradores, dos processos e das rotinas, tanto no nível operacional, quanto estratégico.

d) Inexistência de projetos, inclusive para redução de riscos, e ações que reduzam a dependência de capital de terceiros, de importações ou de exportações.

e) Desconexão com as mudanças e novas tendências relacionadas ao consumo, à política governamental ou à atuação dos concorrentes.

Ao colocar-se e movimentar-se no mercado com *animus lucrandi*, do empresário ou da sociedade empresária espera-se discernimento acerca da sua capacidade de pagamento e dos efeitos que decorrerão de seus projetos e decisões, ou, em muitos casos, de suas ausências. Nesta vereda, permanecem atuais as lições de Waldemar Ferreira:

Examine as condições da praça em que pretenda instalar-se. Estude os índices de vida da futura freguesia, cujas necessidades se proponha atender. Verifique os prós e os contra do ramo de negócios, que haja escolhido. Não perca conta das cifras do

---

controlador; b) desentendimento entre sócios; c) falta de profissionalização da administração e da mão-de-obra qualificada; d) baixa produtividade; e) excesso de imobilização e de estoques; f) obsolescência dos equipamentos; g) surgimento de novos produtos; h) redução das exportações; i) investimentos em novos equipamentos; j) inadimplemento dos devedores, em particular do próprio Estado; l) retração do mercado consumidor; m) altas taxas de juros; n) altos índices de endividamento etc.” (Ibid., p. 143-144).

<sup>718</sup> Cf. Ferro: “En las decisiones empresariales esta la posibilidad de corregir o profundizar el impacto de una crisis económica y financiera.” (FERRO, 2008, p. 232).

capital, de que disponha, e do crédito, de que, razoavelmente, possa gozar, tal o montante de seu patrimônio, quantas as condições pessoais e laços de família e outros, que lhe assegurem o desenvolvimento do volume de seus negócios.<sup>719</sup>

A crise econômico-financeira carrega em si, não raro, fortemente, o resultado das ações e omissões adotadas pelo empresário ou pela sociedade empresária. Recordar-se a lição de Ashton, apoiado na doutrina de Fritz Rittner: “Tudo decorre (no Direito Privado) do princípio básico de que os indivíduos devem formatar, construir, as suas relações jurídicas eles próprios.”<sup>720</sup> A leitura errada da realidade pelo empresário e os efeitos daí decorrentes foram percebidos por Ferro:

Los hechos que revelan la cesación de pagos son una consecuencia directa o indirecta de una inadecuada lectura de la realidad económica, y por consiguiente de la decisión para responder a la dinámica de los negocios, ejemplo: inversiones a gran escala en mercados que no se conocen.<sup>721</sup>

Mais adiante:

Generalmente los hechos que revelan la cesación de pagos en las empresas son efecto de inadecuadas decisiones de negocios: factores endógenos que pueden preverse, en algunos casos potenciados por factores externos: acontecimientos económicos de distinto alcance y duración, ejemplo: endeudamiento excesivo sin medir la liquidez de la que debe disponer la empresa para hacer frente a sus obligaciones en un tiempo determinado, que se agravan imprevistamente por una crisis regional o global.<sup>722</sup>

Compreender que a situação de crise econômico-financeira do devedor é o resultado, em grande parte das vezes, de suas próprias decisões, tomadas para satisfazer, essencialmente, os seus próprios interesses, constitui-se em um fator relevante para a tomada de decisões que visam, de um lado, a recuperar o devedor e preservar a atividade empresarial, e, de outro, a satisfazer os interesses dos credores. Restringir excessivamente a eficácia dos direitos dos credores, em nome de uma pretensão dita coletiva, neste sentido, pode significar um prêmio para o empresário ou sociedade empresária que se equivocou em uma série de decisões e ações administrativas, e uma penalização para os credores que confiaram na competência dos sujeitos que financiaram. Recusar-lhe, porém, uma nova oportunidade, diante de circunstâncias que se mostram propícias, prejudicaria a todos, inclusive aos credores.

<sup>719</sup> FERREIRA, 1966, p. 1.

<sup>720</sup> ASHTON, Peter Walter. O direito econômico e o direito empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, 2006a, p. 171.

<sup>721</sup> FERRO, 2008, p. 232.

<sup>722</sup> *Ibid.*, p. 330.

#### 2.4.4 Do despacho inicial: requisitos e efeitos legais

Da pretensão à sentença transitada em julgado há um caminho.

A jurisdição é exercida em relação à pretensão de recuperação judicial, que se constitui em “figura intercalar entre direito subjetivo e ação”, contudo, “a pretensão representa uma potência, não importando, ainda, em um agir”.<sup>723</sup>

O pedido é tão somente a maneira formal de efetivar a ação: é um ato concreto de exercício da ação civil.<sup>724</sup> A data da distribuição do pedido corresponde à propositura da ação. A ação é considerada proposta quando o juiz despacha a petição inicial ou simplesmente quando distribuída, no entanto, somente poderá gerar efeito quando a citação do demandado ocorrer de forma válida (art. 263, CPC). A data em que o edital for publicado de forma válida (art. 52, §1º, III, LFRE) constitui-se na data da citação dos credores,<sup>725</sup> ato por meio do qual se chamam a juízo todos os credores a fim de exporem os seus interesses e as razões que lhes embasam (art. 213, CPC), e sem o qual o processo não pode ser considerado válido (art. 214, CPC). No processo civil, a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência, faz litigiosa a coisa, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição (art. 219, CPC). No processo de recuperação judicial, acrescentam-se a estes os expressamente estatuídos na LFRE.

O despacho de processamento (art. 52, LFRE) está para o processo de recuperação como o despacho que ordena a citação no processo civil em geral, previsto no art. 285 do CPC. Num e noutro, pode-se dizer que a apreciação do juiz cinge-se ao exame dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e das condições da ação. O art. 52 condiciona o despacho de processamento do pedido de recuperação judicial unicamente à apresentação da documentação listada no art. 51, incisos I a IX,<sup>726</sup> concomitante com a petição inicial, elaborada nos termos do art. 282, do CPC.

Aparentemente, a documentação arrolada seria de cunho apenas formal. No entanto, olvidar o exame de seus aspectos materiais acabaria por fragilizar a própria recuperação

<sup>723</sup> RESTIFFE, 2008, p. 56-57.

<sup>724</sup> COUTURE, 1999, p. 17.

<sup>725</sup> A citação por edital, nos caso expressos em lei, está prevista no art. 231, III, do CPC.

<sup>726</sup> Por força do art. 189 da LFRE, os requisitos exigidos pelo art. 282 do CPC devem ser atendidos.

judicial, enquanto medida jurídica. Cabe ampliar. A lei exige que o devedor, por exemplo, anexe à petição inicial:

a. As razões da crise econômico-financeira (art. 51, I, LFRE). Por certo, este requisito dificilmente será atendido de maneira transparente e conclusiva, até porque, não raro, o ser humano tem a tendência de transferir a responsabilidade pelos fatores geradores das situações de crise que o envolve, e, ainda, em minimizar ou mesmo ignorar fatores estruturais que o impedem de superá-la.

b. A relação completa dos credores, dos empregados, dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor<sup>727</sup> e das ações judiciais em que o devedor é parte (art. 51, III, IV, VI, IX). Com a leitura de tais documentos já se poderia delinear os elementos presentes no caso concreto que justificariam, eventualmente, a preponderância de um ou de outro princípio nas tomadas de decisões que se farão necessárias, e, ainda, antever o perfil adequado para exercer o cargo de administrador, por exemplo.

As informações contidas nos documentos que instruem a petição inicial, desta forma, fornecem subsídios para a análise da viabilidade de recuperação do devedor, razão pela qual ao juiz seria recomendável que examinasse os autos com mais afinco do que aquele necessário para simplesmente despachá-lo. Mais, os documentos permitem que se verifique a confiança com a qual os próprios sócios e administradores estariam imbuídos para superar a crise, porquanto isso se reflete na reserva de bens particulares, em tese, inacessíveis para os credores. Ainda, facilmente identificar-se-ia o tempo em que o devedor, de fato, encontra-se em crise, e o que foi feito ou deixou de ser feito ao longo deste período. Como assinalou Ferro, sem rumo não há como se falar em planejamento:

La sensación de estar sin rumbo en una economía es una señal que los empresarios no pueden omitir a la hora de planificar sus negocios, hoy la crisis pasa por la falta de liquidez y por la falta de planes para hacer frente a esta situación: no hay dinero para pagar las deudas liquidas y exigibles.<sup>728</sup>

---

<sup>727</sup> Os sócios com responsabilidade ilimitada são considerados também devedores, *ut* art. 190 da LFRE: “Todas as vezes que esta Lei se referir a devedor ou falido, compreender-se-á que a disposição também se aplica aos sócios ilimitadamente responsáveis.”

<sup>728</sup> FERRO, 2008, p. 232.

A situação fática de nenhuma recuperação judicial é idêntica a outra. Por isso, seria altamente lesivo aos indivíduos e à coletividade se o juiz não cooperasse, de forma ativa, em prol dos objetivos da recuperação judicial, por meio da identificação de todos os elementos relevantes, ou não, no caso concreto, e, a partir daí, com decisões que mantenham correspondência com a situação fática, e não com algo geral e abstrato.

A distribuição do pedido de recuperação judicial já gera efeitos importantes: (i) previne a jurisdição (art. 6º, §8º, LFRE); (ii) impede que o devedor aliene ou onere bens ou direitos de seu ativo permanente; o que só se tornará viável em caso de utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial (art. 66).

O despacho inicial, por sua vez, provoca, de imediato e *inaudita altera parte*, efeitos significativos quanto à restrição da eficácia dos direitos dos credores, e quanto à expansão da eficácia do princípio da preservação da empresa. Com ele, irradia-se a eficácia mínima necessária para verificar-se a ocorrência dos pressupostos de direito material imprescindíveis para a concessão da recuperação judicial. A reforma do despacho ou a desistência da ação, com a concordância dos credores, teria de restabelecer a plena eficácia dos direitos inicialmente restringidos. As lições de Pontes de Miranda são edificantes:

6. DESPACHO DE PROCESSAMENTO. – Conforme temos frisado, o despacho de processamento é de cognição não-plena, mas de eficácia considerável. [...]

O despacho de processamento, devido à *non plena cognitio*, não pré-exclui que, durante os atos processuais até a decretação da concordata preventiva, possa o juiz reformá-lo, por haver falta de pressuposto pré-processual, processual ou de direito material. Não há, portanto, coisa julgada formal.<sup>729</sup>

Não obstante ser inconfundível com a decisão que concede o pedido,<sup>730</sup> e apesar de prescindir qualquer análise além da meramente formal,<sup>731</sup> o impacto de seus efeitos foi notado

<sup>729</sup> PONTES DE MIRANDA, 1977, v. 30, p. 182-183.

<sup>730</sup> Na mesma linha, Ulhoa Coelho: “O despacho de processamento não se confunde também com a decisão concessiva da recuperação judicial.” (COELHO, 2005, p. 154-155).

<sup>731</sup> Cf. Ulhoa Coelho: “O pedido de tramitação é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores – a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém que a empresa do devedor é viável e, portanto, ele tem o direito ao benefício. Só a tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa, fornecerá os elementos para a concessão da recuperação judicial.” (Ibid., p. 154-155). Cf. Campinho: “Cumprir frisar que este ato inicial do juiz não é o de concessão da recuperação judicial, mas simples determinação de seu processamento.” (CAMPINHO, 2006, p. 135). Cf. Bezerra Filho: “ressalta-se que aqui está se falando em despacho que ‘defere o processamento da

pela Comissão de Assuntos Econômicos – CAE –, quando da elaboração do PLC n. 71, de 2003. *Ipsis verbis*:

[...] o prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial é absolutamente improrrogável, mesmo que o atraso na aprovação do plano não se dê por responsabilidade do devedor. A suspensão das ações é medida gravíssima em relação aos direitos dos credores, que só se justifica excepcionalmente, pela necessidade de se conceder ao devedor alguma tranquilidade para negociar sua recuperação. Abrir a mínima possibilidade de que uma decisão judicial, dessintonizada dos objetivos de eficiência econômica da lei, prorrogue a suspensão – em um processo que seja – significa prejudicar a credibilidade e a avaliação do risco de todas as empresas brasileiras, pois jamais se saberia com certeza por quanto tempo essa suspensão de cunho legal poderia arrastar-se.<sup>732</sup>

No que tange ao ato que deflagra os efeitos previstos no art. 67, *caput*, – classificação dos créditos concedidos ao devedor como extraconcursais em caso de a sua falência ser decretada –, a investigação pertinente será realizada no capítulo 4, como referido na introdução. Devendo-se aqui serem sintetizados os efeitos diretamente deflagrados pelo despacho inicial (art. 52):<sup>733</sup>

a) Suspende todas as ações e execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive as promovidas pelos credores particulares contra o sócio solidário (art. 6º; art. 52, III).

b) Assegura ao devedor a posse, por 180 dias, de bens de capital essenciais a sua atividade empresarial, exceto no caso de exploração de serviços aéreos (art. 49, §3º; art. 199, §§1º e 2º).

c) Autoriza o devedor a exercer atividade empresarial sem as certidões negativas de débitos fiscais (art. 52, II).

d) Deflagra a nomeação do administrador (art. 52, I), a obrigação de o devedor apresentar contas mensais (art. 52, IV), e a comunicação às Fazendas Públicas (art. 52, V).

e) Impõe a publicação de edital acerca da pretensão do devedor (art. 52, §1º).

---

recuperação', o qual não deve ser confundido com o despacho que 'concede a recuperação' e que está previsto no artigo 58, que será examinado adiante." (BEZERRA FILHO, 2005, p. 152). Cf. Fazzio Junior: "Determinar o processamento da recuperação não significa deferimento do pedido." (FAZZIO JUNIOR, 2005, p. 165).

<sup>732</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

<sup>733</sup> Todos artigos da LFRE.



f) Autoriza os credores a requererem convocação de assembleia para a constituição do comitê de credores (art. 52, §2º), sem prejuízo de tal ato ser realizado *ex officio*.

g) Impede o devedor de desistir do pedido, sob pena de falência, salvo aprovação da assembleia geral de credores (art. 52, §4º).

h) Impõe ao devedor a obrigação de apresentar suas contas mensalmente (art. 52, IV).

i) Torna público o impedimento do devedor de alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente (art. 66).

j) Implica o uso da expressão “em Recuperação Judicial” após o nome empresarial (art. 69).

Duas características, por corresponderem à natureza do despacho, fazem-se presentes nos efeitos acima elencados: A primeira, todos visam a conferir um fôlego para o devedor.<sup>734</sup> A segunda, nenhum dos efeitos estabelece situações fáticas de caráter definitivo, ou seja, irreversíveis. Exemplifica-se: a) as ações e execuções poderão ser reativadas; b) os credores poderão requerer os bens após 180 dias; c) as certidões serão apresentadas após a aprovação do plano; d) os atos processuais, nomeação, edital e convocação são atos formais inerentes ao próprio processo; e) o devedor poderá desistir do pedido, se houver a concordância dos credores; f) o devedor não poderá alienar bens, salvo em situação extraordinária; g) a expressão “em recuperação judicial” será retirada com o adimplemento das obrigações no período de 2 (dois) anos, a contar da data em que a recuperação for concedida.

Deve-se acrescentar que o ato judicial que defere o processamento da recuperação judicial constitui-se em um despacho de mero expediente, porquanto nada decide, apenas impulsiona o processo; razão pela qual é irrecorrível. Aplica-se o art. 504 do CPC: “Dos despachos não cabe recurso.”

---

<sup>734</sup> Cf. EPSTEIN, Nicklese e White: “As the Supreme Court pointed out in *Local Loan Co. v. Hunt*, “[O]ne of the primary purposes of the bankruptcy act is to ‘relieve the honest debtor from the weight of oppressive indebtedness and permit him to start afresh [...]’” (EPSTEIN; NICKLESE; WHITE 1993, p. 6).

O STJ, ao julgar o REsp 1004910, reconheceu o caráter provisório dos efeitos decorrentes do despacho inicial ao declarar o seu caráter meramente formal – "o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial quando julgar em termos a documentação reclamada no art. 51" – e remeter qualquer exame para as fases posteriores – "na fase postulatória que se examina deter a empresa qualificação jurídica necessária para requisição do benefício".<sup>735</sup>

Ante o exposto, deve-se reconhecer que permanece atual o conteúdo da Súmula 264 do STJ: "É irrecorrível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva".<sup>736</sup>

## 2.5 DA CONCESSÃO AO TÉRMINO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 2.5.1 A viabilidade de recuperação do devedor como requisito concreto

A importância da viabilidade como requisito na recuperação pode ser notada por meio de uma pergunta: como satisfazer as obrigações e preservar a atividade empresarial quando esta é inviável sob o prisma econômico-financeiro?

A possibilidade de o devedor superar a crise em que se encontra está vinculada aos fatores que geraram tal crise, à extensão e profundidade da mesma e aos recursos tangíveis e intangíveis disponíveis para enfrentá-la, tanto de natureza pessoal – v.g., capacidade e formação – quanto material – v.g., créditos recebíveis, estoque e marca. Ocorre que tais aspectos, comumente, são interpretados de maneira equivocada, como lembra Ferro: "El problema se encuentra en que los síntomas, generalmente no son interpretados de manera adecuada y en el tiempo oportuno, lo que indica la responsabilidad de quienes tienen a su cargo el manejo de los intereses sociales."<sup>737</sup>

Conforme Jorge Lobo, "ao juiz da causa caberá decidir (art. 58, *caput*, primeira parte), caso a caso, se o devedor se encontra em estado de crise econômico-financeira, o qual não se limita, repise-se, à insuficiência, permanente ou temporária, de bens e direitos para atender à universidade de credores".<sup>738</sup> A observação de que o exame de viabilidade deve ser realizado

---

<sup>735</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 1004910. Relator: Min. Fernando Gonçalves. DJ 04 ago. 2008.

<sup>736</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2010, p. 90.

<sup>737</sup> FERRO, 2008, p. 234.

<sup>738</sup> LOBO, 2009, p. 130-131.

caso a caso está correta. É por esta razão que as interpretações e decisões que se fundam na prevalência de um ou outro princípio estão condicionadas ao exame da situação fática, e se considera apropriado o juiz, efetivamente, avaliar a existência e extensão da crise em momento anterior ao despacho inicial.<sup>739</sup>

A existência de crise, entretanto, não se confunde com viabilidade de recuperação, para a qual considerar-se-ão, entre outros, os aspectos realçados por José Roque:

- I – importância social e econômica da atividade do devedor no contexto local, regional ou nacional;
- II – mão-de-obra e tecnologia empregadas;
- III – volume do ativo e do passivo;
- IV – tempo de constituição e de funcionamento do negócio desenvolvido pelo devedor;
- V – faturamento anual e nível de endividamento da empresa.<sup>740</sup>

A identificação de medidas paliativas não configura, por si só, a viabilidade de recuperação. Exemplifica-se: “Ante un vencimiento y frente a la falta de liquidez muchas sociedades deciden vender uno o varios de sus activos siendo esta solución transitoria no enfrentándose las causas de fondo que originan esa situación.”<sup>741</sup> A viabilidade traz consigo a indicação de caminhos razoáveis para o devedor retornar ao estado de normalidade inerente às suas obrigações e ao exercício da empresa,<sup>742</sup> os quais, por força impositiva do conceito e dos objetivos do instituto, deverão ser mais vantajosos para o devedor do que aquele decorrente da situação fática anterior ao ajuizamento da ação de recuperação.<sup>743</sup> No que se refere à coletividade dos credores, o exame, via de regra, é realizado com uma lente sobre a relação custo-benefício (proporcionalidade),<sup>744</sup> porquanto, no sistema de mercado, o controle é realizado de maneira pessoal e automática, como ilustra Nusdeo:

<sup>739</sup> Vide item 2.6.3, a.

<sup>740</sup> ROQUE, p. 103.

<sup>741</sup> FERRO, 2008, p. 233.

<sup>742</sup> Cf. Altemani e Silva: “[recuperável será] o devedor que demonstrar reais possibilidades de saneamento, sendo a sua continuidade vantajosa tanto para os credores, quanto para a sociedade”. (ALTEMANI; SILVA, 2006, p. 35).

<sup>743</sup> A possibilidade de o plano de recuperação impor ao devedor condições mais gravosas do que as contratadas originalmente contraria a natureza e o próprio conceito do instituto da recuperação judicial, por isso deve ser rechaçada.

<sup>744</sup> Importante ainda para os credores é o exame de correspondência entre a capacidade de pagamento do devedor e o conteúdo do plano de recuperação, a fim de que tente evitar que o plano contemple prazos, valores e condições inferiores daquelas que o devedor poderia adimplir. No caso da LFRE, nenhum artigo versa, expressamente, sobre a matéria.

O produtor ineficiente, cujas decisões discrepem do padrão racional do mercado, ou por interpretar mal os seus sinais, ou por cambiar mal os fatores de produção, sofrerá uma punição imanente, acumulando prejuízos que acabarão por expulsá-lo do mesmo mercado por bem, pela simples cessação de sua atividade, ou por mal, via falência, com possível perda de boa parte de seus bens.<sup>745</sup>

Ante o exposto, a viabilidade da atividade empresarial exercida pelo devedor é condição fática essencial para a concessão do pedido de recuperação judicial. A presença desta condição no caso concreto é avaliada pelo devedor, antes e depois de ajuizar a ação; pelos credores, quando tomam conhecimento do plano e, se houver, na assembleia geral; pelo juiz, antes de conceder o pedido. A matéria é o objeto do próximo tópico. Aqui, apenas acrescenta-se que a inviabilidade, consubstanciada na rejeição do plano pelos credores além dos limites legais dentro dos quais ao juiz é facultado conceder o pedido, implicará a falência do devedor (art. 56, §4º, LFRE).

### **2.5.2 Sobre a concordância da maioria dos credores e do devedor**

Na relação entre os elementos que circundam a crise econômico-financeira e a necessidade de adimplir as obrigações é que o devedor, em um primeiro momento, encontra as razões que o fazem ajuizar a ação de recuperação judicial, e, em um segundo, a coletividade dos credores para decidir em que medida se justifica aceitar um novo compartilhamento de riscos e de bônus com o devedor.

A percepção por ambos – devedor e coletividade de credores – de um meio mais adequado, necessário e menos prejudicial do que o oferecido pelo processo de falência, resultará na aprovação de um plano. A planificação de todos os interesses será formalizada, por força de disposição legal, na decisão judicial que conceder o pedido (art. 58, LFRE).

Nesta vereda, a Lei n. 11.101 manteve a regra segundo a qual a modificação do que foi contratado somente poderá ser realizada com a concordância das partes que contrataram o que será modificado. Todavia, diante da excepcionalidade da situação fática e do interesse em se manter a atividade empresarial – objeto de tutela jurídica –, a lei unificou e classificou os credores conforme a natureza de seus créditos (art. 41, incisos I a III, LFRE), outorgando a legitimidade para decidir quanto à alteração das relações obrigacionais, de um lado, às classes

---

<sup>745</sup> NUSDEO, 2008, p. 120.

em si e à coletividade, e, de outro, ao devedor. Daí ter o STJ afirmado: “é justamente por meio do quórum qualificado da Lei que os credores, a considerar a natureza de seus créditos, detêm maior ou menor influência na aprovação do plano”.<sup>746</sup> Oportuno aprofundar:

a) A necessidade de o devedor concordar com o plano está prevista, de modo taxativo, no art. 56, §3º, da LFRE. De modo implícito, encontra-se no art. 73, II e IV, segundo os quais a falência será decretada quando o plano não for apresentado no prazo improrrogável de 60 dias da publicação que deferir o processamento (art. 53) e quando ocorrer o inadimplemento das obrigações nele pactuadas.

b) A concordância tácita, somente possível pela totalidade dos credores, está prevista no art. 55 c/c art. 58, *caput*, da LFRE. Os limites configuradores da legitimidade quanto à vontade dos credores acerca do plano localizam-se no art. 45, §§1º, 2º, e no art. 58, §1º, incisos I a III, da LFRE.

c) O art. 56, §4º, da LFRE condiciona a desistência do pedido de recuperação judicial, após o deferimento de seu processamento, à aprovação pela assembleia geral de credores.

Ao vincularem-se a um plano que pode maximizar o risco de recebimento de seus créditos, e, ao mesmo tempo, ampliar o volume a ser adimplido, os credores materializam, em última análise, a confiança com relação (i) à capacidade do empresário e dos administradores da sociedade empresária de tomar decisões e executá-las em um cenário desfavorável; (ii) à capacidade de a atividade empresarial gerar resultados econômico-financeiros dentro dos prazos fixados no plano; e (iii) às mudanças propostas acerca da política operacional e de liquidez até então adotadas pelo devedor. A confiança é o elemento, por assim dizer, subjetivo que dá suporte para a eficácia do princípio da cooperação. Atenta-se para a leitura realizada por Ferro:

Hay una relación entre la negligencia operativa de la empresa y el desequilibrio económico de su patrimonio, la acción preventiva de gestión de crisis fallo dando lugar a una gestión disuasiva de la crisis que es la opción de solicitar la formación de su concurso preventivo como ultima instancia. Ello indica claramente que la política de liquidez de la empresa fallo o nunca estuvo presente.<sup>747</sup>

<sup>746</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 20 out. 2010.

<sup>747</sup> FERRO, 2008, p. 232.

*Ex positis*, e essencialmente em face dos enunciados normativos, extraem-se três conclusões inerentes ao plano e seus efeitos acerca da concessão do pedido:

a) A aprovação do plano pelo devedor é condição obrigatória para que o juiz possa acolher o pedido inicialmente formulado, devendo ser tomadas todas as medidas legais para que a sua intenção de prosseguir exercendo a atividade seja mantida, ao menos, até a data da assembleia geral.

b) A aprovação do plano pelos credores, nos termos do art. 45, §§1º, 2º da LFRE ou do art. 55, da LFRE, é condição para o juiz conceder o pedido. O preenchimento deste requisito essencial vincula o juiz ao conteúdo do plano e à obrigatoriedade de conceder o pedido, se todos os demais requisitos legais estiverem preenchidos (art. 58, *caput*).

c) A aprovação do plano pelos credores, nos limites fixados pelo art. 58, §1º, incisos I a III da LFRE, é condição alternativa àquelas situações referidas na alínea b, acima. Embora não de maneira plena, ela é suficiente para suprir a necessidade de concordância dos credores quando ratificada pelo juiz. Nesta hipótese, ao juiz é facultado, pela lei, decidir se adere ou não ao plano.<sup>748</sup> Caso o faça, estará obrigado a conceder o pedido; do contrário, estará obrigado a decretar a falência do devedor. A sua análise, assim se espera, deverá ser sistêmica, ou seja, abranger os efeitos de caráter social, econômico e jurídico, no caso concreto, relacionados a todos os princípios constitutivos da recuperação.

### **2.5.3 Da decisão judicial concessiva: natureza e efeitos legais**

Entre a petição inicial e a sentença há uma longa série de atos que constituem o processo.<sup>749</sup> A concessão do pedido é um destes atos (art. 58, LFRE). A sua relevância – jurídica e prática – justifica as perguntas: (i) A decisão prevista no art. 58 é uma sentença ou uma decisão interlocutória? (ii) O seu conteúdo possui caráter declaratório, condenatório ou constitutivo? Adiante investigar-se-ão as respostas.

---

<sup>748</sup> No mesmo sentido, Ulhoa Coelho: “No primeiro, o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano pelos credores; no segundo, ele terá a discricionariedade para aprovar ou não o plano que quase alcançou quórum qualificado”. (COELHO, 2005, p. 169).

<sup>749</sup> COUTURE, 1999, p. 87.

Há autores que definem a decisão que concede o pedido de recuperação judicial como uma sentença. Tais como, Jorge Lobo: “com a sentença concessiva proferida na forma e para os fins e efeitos art. 58”;<sup>750</sup> e Ulhoa Coelho: “sentença concessiva de recuperação judicial”, a qual colocaria fim na fase de deliberação e iniciaria a de execução.<sup>751</sup>

Restiffe, embora afirme que “não se imagina relação jurídica processual que não objetive a decisão final definitiva, pois se exercita a ação pretendendo uma sentença de mérito”, também entende que o “art. 58 da Lei n. 11.101/2005 cuida da sentença final de encerramento da ação de recuperação judicial de empresas”.<sup>752</sup>

Ainda aqui, anota-se que a decisão que concede a recuperação judicial não tem a sua natureza jurídica alterada por força da forma como o plano foi aprovado pelos credores e pelo devedor, porquanto a sua natureza advém das conexões entre o conteúdo da decisão, o processo como instituição e as normas que o regem. Por isso, a pesquisa partirá do texto da Lei n. 11.101, de 2005, no qual se identifica o uso da expressão sentença, no que tange à recuperação judicial, com referência à decisão judicial que julga as impugnações quanto aos créditos;<sup>753-754</sup> e à decisão que encerra a recuperação judicial. Aqui, importa apenas a segunda, por estar diretamente relacionada com a decisão prevista no art. 58, da LFRE.

O art. 63 da LFRE prescreve que cumpridas as obrigações contidas no plano que vencerem até 2 (dois) anos após a decisão que concedeu o pedido (art. 58), o juiz “decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial”. O STJ, ao apreciar o RMS 30686, iterou: “[...] caso se verifique a convolação da recuperação judicial em falência, em definitivo, os credores retornam, com todos os seus direitos, ao *status quo ante*, submetendo-se, *incontinenti*, ao concurso de credores”.<sup>755</sup>

<sup>750</sup> LOBO, 2009, p. 131.

<sup>751</sup> COELHO, 2005, p. 170.

<sup>752</sup> RESTIFFE, 2008, p. 277.

<sup>753</sup> Quanto à decisão que julga as impugnações, autuadas e processadas em separado, cabe apenas referir: (i) o art. 6º, § 2º, prevê que será inscrito no quadro-geral de credores o crédito apurado nas impugnações, autuadas e processadas em separado, pelo valor determinado em sentença; (ii) o art. 18 dispõe acerca de prazo para a publicação do quadro-geral a contar da data da sentença que houver julgado as impugnações. No entanto, contra tal decisão cabe agravo e não apelação, *ut* art. 17.

<sup>754</sup> Anota-se que o art. 48, inciso I, condiciona a legitimidade para requerer recuperação judicial ao fato de o devedor falido ter obtido, por sentença transitada em julgado, a extinção das suas responsabilidades. E, quanto à recuperação extrajudicial, sublinha-se que o § 5º do art. 164 faz referência expressa à homologação do plano, qualificando o ato como uma sentença: “[...] plano de recuperação extrajudicial, homologando-o por sentença [...]”.

<sup>755</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 20 dez. 2010.

Da análise dos textos estatuídos pelo art. 58 e pelo art. 63, ambos da LFRE, e das relações entre eles e outros artigos pertinentes, extraem-se estas observações: (i) a decisão que concede a recuperação ocorre durante o processo, que ainda prosseguirá por dois anos; (ii) antes da sentença (art. 63), há a possibilidade, nos termos do art. 73, de a falência ser decretada; (iii) depois do prazo iniciado com a sentença (art. 63), o credor apenas poderá requerer a execução específica ou a falência, mas aí com fundamento no art. 94, da LFRE; (iv) a novação dos créditos sob o alcance da decisão indicada no art. 58 (art. 59) submete-se a condições resolutivas (art. 61, §2º);<sup>756</sup> (v) contra a decisão que concede a recuperação cabe a interposição de agravo (art. 59, § 2º); (vi) após a concessão é que o devedor “permanecerá em recuperação judicial” (art. 61).

A data em que for proferida a decisão que concede a recuperação é o marco do novo estado fático-jurídico, ainda que de modo condicionado. Neste sentido, parece ser o ensinamento de Pontes de Miranda, aplicável no que couber: “Concordata somente há com a sentença que a decreta. Antes, existe, apenas, eficácia do despacho de processamento.”<sup>757</sup>

Os apontamentos parecem ser suficientes para afirmar que a decisão que concede a recuperação judicial, assentada no art. 58, não é uma sentença. No entanto, cabe aprofundar a investigação, pois, como assegura o art. 189, aplica-se o “Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos” na Lei n. 11.101.

O art. 162 do CPC preceitua que os atos do juiz constituir-se-ão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Sendo: (i) sentença o ato do juiz que implica a extinção do processo, sem resolução de mérito, por força de uma das situações elencadas no art. 267 do CPC, ou que soluciona o mérito, nos termos do art. 269 do CPC (art. 162, §1º, do CPC); (ii) decisão interlocutória, o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente (art. 162, §2º, do CPC); e (iii) despacho, todos os demais atos praticados pelo juiz no processo, de ofício ou a requerimento da parte (art. 162, §3º, do CPC).

---

<sup>756</sup> Nos EUA, assim como aqui, os credores votam acerca do plano, e, ao contrário do disposto na lei brasileira, que submete a novação das obrigações constantes no plano à condição resolutiva, *bankruptcy* sob o *Chapter 11* a liberação das obrigações ocorre no momento em que o plano é confirmado. Cf. EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 13.

<sup>757</sup> PONTES DE MIRANDA, 1977, v. 30, p. 103.



No julgamento do REsp 195848, o STJ examinou se o pronunciamento judicial que determina a intimação do devedor, via edital, para apresentar bem depositado se constituía em um despacho ou decisão interlocutória. A Corte assentou que a diferença entre decisão interlocutória e despacho “reside na existência ou não de conteúdo decisório e de gravame”. O despacho visa a impulsionar o andamento do processo, sem solucionar controvérsia, enquanto a decisão interlocutória possui conteúdo decisório e causa prejuízo às partes. Assim, o ato que determina, via edital, a intimação da parte é um despacho ordinatório, que excepcionalmente poderá gerar gravame.<sup>758</sup>

Deste modo, relevante verificar se a decisão que concede a recuperação (art. 58, LFRE) pode ser, não obstante as observações acima descritas, enquadrada como sentença em face do inciso I ou III do art. 269 do CPC, segundo os quais haverá solução de mérito quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor ou quando as partes transigirem, respectivamente. Para tanto, uma pergunta parece ser decisiva: qual a decisão que tem o condão de abrigar o conteúdo do plano de recuperação sob a coisa julgada, portanto, em definitivo? Isso porque, a produção da coisa julgada é efeito fundamental da sentença.<sup>759</sup> A produção da coisa julgada é de todos “o mais importante e significativo” efeito da sentença, a ponto de ser apropriado dizer que é o principal efeito do processo e da própria função judiciária.<sup>760</sup>

Esclarece-se, antes, que a eficácia da sentença não se confunde com a eficácia da coisa julgada, enquanto a primeira provoca efeitos modificativos, a segunda se refere à imutabilidade de tais efeitos por força do trânsito em julgado da decisão, como assinalou o STJ ao julgar o REsp 411529, apoiado nas lições de Tullio Liebman, das quais a Corte extraiu três pontos que importam na análise em tela:

[...] extraem-se três noções fundamentais: (i) a eficácia da sentença, por ser distinta da eficácia da coisa julgada, se produz independentemente desta; (ii) a eficácia da sentença, desde que não confundida com a figura do trânsito em julgado, não sofre qualquer limitação subjetiva: vale perante todos; (iii) a imutabilidade dessa eficácia, ou seja, a impossibilidade de se questionar a conclusão a que se chegou na sentença, limita-se às partes do processo perante as quais a decisão foi proferida, e só ocorre com o trânsito em julgado da decisão.<sup>761</sup>

<sup>758</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 195848. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJ* 18 fev. 2002.

<sup>759</sup> COUTURE, 1999, p. 245.

<sup>760</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>761</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. REsp 411529. Relatora: Mina. Nancy Andriighi. *DJe* 05 ago. 2008.

O art. 273 do CPC autoriza ao juiz antecipar, parcial ou totalmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que se convença da verossimilhança da alegação a partir das provas e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, inciso I), sendo vedada a concessão dos efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade (art. 273, §2º). No caso da recuperação judicial, os documentos anexados à inicial e a aprovação do plano pela assembleia geral preenchem a verossimilhança. O receio de dano irreparável, tanto para o devedor quanto para os credores, é flagrante quando se trata de atividade empresarial exercida durante um período de crise econômico-financeira. Neste contexto, o elemento tempo influencia diretamente a possibilidade de os objetivos do instituto serem alcançados.

O entendimento de que a decisão prevista no art. 58 da LFRE é uma decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela, passível de ser executada, embora possa o seu conteúdo e a sua eficácia virem a ser alterados no decorrer do processo ou pela sentença, encontra, ainda, respaldo no entendimento do STF e do STJ acerca da antecipação da tutela.

O STF, ao apreciar pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado na ACO 615 (AgRg), assinalou que a tutela antecipada deve corresponder à tutela definitiva, acolhendo, assim, as lições de Teori Albino Zavaski, atual ministro do STJ. *In verbis*:

[...] se a medida antecipatória é a que adianta efeitos da tutela definitiva, os efeitos antecipáveis são os mesmos que o demandante que ver consolidados definitivamente, isto é, por tempo maior que o da duração do processo; são aqueles que se quer perpetuados pelo tempo afora, até serem inteiramente exauridos. Medida antecipatória, conseqüentemente, é a que contém providência apta a assumir contornos de definitividade pela simples superveniência da sentença que julgar procedente o pedido.<sup>762</sup>

O STJ, ao apreciar o REsp 810052, delineou, com clareza, suas concepções acerca da antecipação dos efeitos da tutela. Cabe sintetizá-las: (i) as medidas liminares editadas em juízo de verossimilhança têm por finalidade ajustar provisoriamente a situação das partes, exercem uma função temporária; (ii) a eficácia da decisão que antecipa os efeitos da tutela se encerra com a superveniência da sentença, a qual dará tratamento definitivo à controvérsia, acolhendo ou não o pedido, ou, ainda, simplesmente extinguindo o processo; (iii) a discussão de matéria objeto da decisão provisória não condiciona o resultado da sentença definitiva, que

---

<sup>762</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ACO 615 AgR. Relator: Min. Néri da Silveira. DJ 15 fev. 2002.

se sobrepõe ao conteúdo daquela; (iv) sentença e decisões liminares ou antecipatórias são provimentos com natureza, pressupostos, finalidades e eficácia temporal diferentes.<sup>763</sup>

Acrescenta-se que, ao julgar o REsp 112111, o STJ enfatizou que a decisão que antecipa os efeitos da sentença de mérito também antecipa “a própria execução dessa sentença, que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada”, razão pela qual o julgamento de recurso interposto contra a tutela não seria prejudicado. Para o presente trabalho, importante perceber que a decisão que concede a recuperação (art. 58, LFRE) também antecipa o conteúdo da sentença e a própria execução deste conteúdo, sob condição resolutiva.<sup>764</sup>

A visão completa do procedimento estatuído na Lei n. 11.101 revela que a decisão concessiva da recuperação judicial (art. 58) ocorre no curso do processo, e inaugura uma situação fático-jurídica, na qual o devedor “permanecerá” por dois anos (art. 61). Isso é concebível porque o juiz lhe concedeu a antecipação dos efeitos da tutela requerida, submetendo a sua vigência a condição resolutiva. A tutela antecipada, também exequível no curso do processo, poderá ser alterada a qualquer momento antes do encerramento do processo, seja por (i) decisão de ofício, em face da ausência de pressuposto para o desenvolvimento válido do processo ou das condições da ação; (ii) por pedido dos credores baseado em deliberação tomada em assembleia geral (art. 35, I, a, LFRE); (iii) por pedido do devedor com a concordância da assembleia geral (art. 52, §4º, LFRE); (iv) por pedido do administrador judicial (art. 22, II, b, LFRE); ou, ainda, (v) por pedido de falência ajuizado por titular de crédito não submetido à recuperação, fundado no art. 94 (art. 73, parágrafo único, LFRE).

Na recuperação judicial, o único ato que tem o condão de fazer com que a coisa julgada envolva todas as obrigações contidas no plano é aquela que decreta o encerramento da recuperação judicial, ratifica o conteúdo da decisão que havia sido antecipada, e elimina todas as condições resolutivas até então presentes. Correto, então, o legislador referir-se àquela, com exclusividade, como sentença (art. 63, LFRE).

---

<sup>763</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. REsp 810.052. Relatora: Min. Teori Albino Zavascki. *DJ* 08 jun. 2006.

<sup>764</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 112.111. Relator: Min. Adhemar Maciel. Relator para o acórdão Min. Ari Pargendler. *DJ* 14 fev. 2000.

Ante as razões acima, é que se compreende a decisão que concede a recuperação judicial não como uma sentença, mas sim como uma decisão interlocutória, na qual o juiz antecipa, sob condições resolutivas, os efeitos da tutela, a qual será concedida em definitivo por sentença, se as condições permanecerem híginas pelo período de dois anos.

No que tange à natureza de seu conteúdo, deve-se atentar para a distinção que há entre a natureza do despacho que determina o processamento do pedido formulado pelo devedor e a natureza da decisão que concede a recuperação. Enquanto a primeira, como já explanado, se caracteriza pela ausência de qualquer decisão, daí ser um ato irrecurível, a segunda, ao contrário, abrange, em seu núcleo, um conteúdo que estrutura a constituição de um estado fático-jurídico novo.

Assenta-se, então, que a identificação do caráter declaratório, constitutivo ou condenatório, comumente atrelado à sentença, também é passível de ser realizada em qualquer ato judicial em que algum direito ou situação fático-jurídica é objeto de julgamento, realizado de modo singular ou colegiado. Assim, aqueles aspectos podem ser identificados não apenas nas sentenças ou nos acórdãos, como também nas decisões liminares, nas que antecipam os efeitos da tutela, nas decisões monocráticas proferidas por desembargadores ou ministros e, de modo geral, nas decisões interlocutórias.

O caráter declaratório da decisão é aquele que não afeta o direito, apenas o torna certo, mantendo-o tal qual era.<sup>765</sup> Enfim, apenas declara o que já havia. Do STJ: “Quando o sócio exerce o direito de retirada de sociedade limitada por tempo indeterminado, a sentença apenas declara a dissolução parcial, gerando, portanto, efeitos *ex tunc*.”<sup>766</sup>

Por constitutiva entendem-se as decisões, não raro sentenças, “que criam um estado jurídico novo, seja fazendo cessar o existente, seja alterando-o, seja substituindo-o por outro”; aquelas “que produzem efeitos jurídicos de natureza tal que não seria possível obtê-los a não ser mediante a colaboração dos órgãos judiciários”; e, ainda, aquelas em “que o juiz atua como verdadeiro árbitro, estabelecendo as condições até então não especificadas para o

---

<sup>765</sup> COUTURE, 1999, p. 246.

<sup>766</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T., REsp 646.221. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, Relatora para o acórdão Mina. Nancy Andrighi. DJ 30 maio 2005.

exercício de um direito”. Importante: a decisão constitui sempre “um estado jurídico novo”.<sup>767</sup>

Neste sentido, atuais as lições de Pontes de Miranda sobre a concordata preventiva:

7. NATUREZA DA SENTENÇA DE DEFERIMENTO. – O ato judicial é constitutivo – não de simples homologação, ou de integração do negócio jurídico, como pareceu a ANTONIO BRUNETTI (*Lezioni do Diritto Concorsuale*, 210). A sentença constitui a concordata, seja preventiva, seja suspensiva, pois o falido apenas a *pedira*.

A constitutividade é, aí, quanto à concordata mesma (= concordata não existia, passa a existir), e não quanto à eficácia, confusão que se há de afastar, energicamente.<sup>768</sup>

Condenatória, no direito privado, é a decisão que impõe ao jurisdicionado a obrigação de pagar, de dar – coisa certa ou incerta –, de fazer ou de não fazer, fixando-lhe, em caso de descumprimento, penalidades fundadas em lei.

Os autores pesquisados entendem que a decisão que concede a recuperação (art. 58) é de natureza constitutiva. Cumpre, com as lições de Jorge Lobo, exemplificar: “A sentença concessiva da recuperação (art. 58)<sup>769</sup> [...] cria, para o devedor, o ‘estado de recuperação judicial’ (art. 61, *caput*);”<sup>770</sup> Outra vez: “[...] penso que o estado (de fato) de crise econômico-financeiro do devedor, insculpido no art. 47, converte-se em estado (de direito) de recuperação judicial com a sentença concessiva proferida na forma e para os fins e efeitos art. 58, sendo esta decisão o pressuposto formal ou processual da recuperação.”<sup>771</sup>

No entanto, como exposto, a decisão que concede a recuperação antecipa os mais significativos efeitos da tutela requerida, que poderão vir a ser ou não ratificados pela posterior sentença. Por isso, o seu conteúdo deve ser examinado por um prisma abrangente, o que permite segmentá-lo e classificá-lo como: declaratório, constitutivo e condenatório.<sup>772</sup>

Especifica-se:

<sup>767</sup> COUTURE, 1999, p. 242-244.

<sup>768</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [19-?] v. 3: *Ações Constitutivas*, p. 455.

<sup>769</sup> LOBO, 2009, p. 192.

<sup>770</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>771</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>772</sup> Cf. Restiffe: “Ao lado da classificação tradicional, elaborada tendo em conta a natureza da tutela jurisdicional invocada, e cuja tripartição Araken de Assis (23, p. 89) demonstra ser insuficiente para esgotar a fenomenologia sentencial, por não terem sido abrangidas as sentenças mandamental e executiva, há a elaborada por Pontes de Miranda (123, p. 117), denominada quinária, que classifica as ações, quanto à preponderância da eficácia, em cinco classes: declarativas, constitutivas (positivas ou negativas), condenatórias, mandamentais e executivas. (RESTIFFE, 2008, p. 61). Em conformidade com o objeto e o

a) De caráter declaratório é conteúdo da decisão que reconhece e declara que, ao menos desde o pedido, o empresário ou a sociedade empresária encontrava-se em crise econômico-financeira e que as partes vinculadas às relações obrigacionais abrangidas pela recuperação – maioria dos credores e o devedor – entenderam que a referida crise é superável pelo devedor.

b) De caráter constitutivo é o conteúdo da decisão que constitui um estado fático-jurídico novo para o devedor e para os credores, estruturado para dar condições ao primeiro de adimplir suas obrigações sem que isso o impeça de exercer a sua atividade empresarial, conforme planejado.

c) De caráter condenatório é o conteúdo inerente ao título executivo judicial (art. 59, §1º), que condena o devedor a adimplir todas as obrigações conforme especificado no plano de recuperação, sob pena de, não o fazendo, ser-lhe decretada a falência, com o restabelecimento das condições originariamente contratadas (art. 61, §2º).

Considerando-se, conforme os apontamentos acima, a decisão do art. 58 da LFRE uma decisão interlocutória, através da qual se constitui um estado novo, no qual se antecipam os efeitos da sentença sob condição resolutiva, pergunta-se, então: Quais os efeitos legais gerados pela decisão prevista no art. 58? São eles:

a) Importa em novação de todos os créditos anteriores ao pedido inicial, inclusive os não vencidos (art. 49 e art. 59), sob condição resolutiva (art. 61, §2º).

b) Constitui a decisão em título executivo judicial (art. 59, §1º).

c) Implica a continuidade da suspensão de todas as ações e execuções, iniciadas com o despacho inicial. Neste sentido, é a posição do STJ:

---

propósito em tela, a classificação entre declaratória, constitutiva e condenatória é suficiente, devendo esta última ser compreendida em sentido *lato*. Quanto tema, ver: (RESTIFFE, 2008, p. 61-67).

Outrossim, uma vez aprovado o plano de recuperação, não se faz plausível a retomada das ações e execuções individuais após o decurso do prazo legal de 180 dias, pois nos termos do art. 59 da Lei nº 11.101/05, tal aprovação implica novação.<sup>773</sup>

d) Estabelece o marco a partir do qual o devedor “permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos” (art. 61).

e) O acréscimo em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial" e a anotação no Registro Público de Empresas (art. 69, parágrafo único).

Assinala-se, no que se refere ao acréscimo da expressão *em recuperação judicial*, há divergência quanto ao momento em que deve ocorrer. Para alguns autores, como Ulhoa Coelho, a inscrição se dá a partir da concessão prevista no art. 58, da LFRE:

Duas medidas são previstas na lei com o objetivo de dar ao conhecimento de terceiros a concessão da recuperação judicial. A primeira afeta o nome empresarial da beneficiária e a segunda diz respeito ao seu registro na Junta Comercial.

Durante a fase de execução, a sociedade empresária agregará ao seu nome a expressão “em recuperação judicial”, para conhecimento de todos que com ela se relacionam negocial e juridicamente.<sup>774</sup>

Para Munhoz, no entanto, o acréscimo da expressão decorre do despacho inicial (art. 52): “[...] a manutenção do devedor em recuperação mesmo após a aprovação do plano, com a consequente permanência do sinal indicativo *em Recuperação Judicial*, causa inevitavelmente uma restrição ao desenvolvimento de suas atividades.”<sup>775</sup>

Com o intuito de transmitir de modo mais preciso a situação do devedor que ingressa com o pedido de recuperação, melhor seria se o art. 69 determinasse o acréscimo da expressão *com pedido de Recuperação Judicial em processamento* enquanto não tenha sido proferida a decisão prevista no art. 58, e o acréscimo da expressão *em Recuperação Judicial concedida*, a

<sup>773</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 110.250. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 16 set. 2010.

<sup>774</sup> COELHO, 2005, p. 183.

<sup>775</sup> Observação semelhante foi realizada por Munhoz: “Poderia a lei, assim, assinalar o devedor com plano de recuperação ainda não aprovado com a expressão *em Recuperação Judicial a ser apreciada*, identificando, por outro lado, o devedor que já teve a recuperação judicial deferida (plano aprovado) com a expressão *em Recuperação Judicial deferida*.” (MUNHOZ, 2007, p. 319).

partir da existência da citada decisão. Todavia, não contendo a lei tal distinção, parece acertado o entendimento de que a expressão *em Recuperação Judicial* somente seja acrescida após a obtenção do pedido, e não com o início do processo.

f) Assegura a validade e eficácia de todos os atos referidos nos incisos I a III e VI do art. 129 da Lei n. 11.101, desde que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial (art. 131).

g) Fixa o marco inicial da prescrição dos crimes previstos na Lei n. 11.101 (art. 182),<sup>776</sup> e a competência do juiz criminal da jurisdição para conhecer da ação penal (art. 183).

h) No que tange ao marco inicial para a qualificação dos créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial como extraconcursais, em caso de decretação de falência (art. 67), a matéria será examinada no Capítulo 4 deste trabalho, como já exposto.

i) Quanto à presunção de validade dos “atos de administração, endividamento, oneração ou alienação” praticados durante a recuperação (art. 74), a definição de seu início também está vinculada à análise do Capítulo 4, porquanto a lei, tanto no art. 67 quanto no art. 74, faz uso da expressão “durante a recuperação judicial”.

Adequado, ainda, sublinhar que o art. 180 da Lei n. 11.101, de 2005, dispõe: “A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei”.

---

<sup>776</sup> O STJ afastou a possibilidade de se admitir a aplicação em combinação do prazo prescricional de 2 (dois) anos descrito no Decreto-Lei revogado, com o novo *dies a quo* estabelecido na Lei nº 11.101/2005, o que importaria na elaboração de “uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador”. A Corte assentou que o art. 182, caput, da Lei 11.101/2005 prevê que a prescrição dos crimes falimentares “reger-se-á de acordo com as disposições contidas no Código Penal, estabelecendo, além disso, novo *dies a quo* para o início da contagem do lapso prescricional, começando a correr o prazo do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.” De modo que, em face do “princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. REsp 1107275. Relator: Min. Felix Fischer, DJe 04 out. 2010).



Com a prática do crime, o direito de punir do Estado, que era abstrato, torna-se concreto, e com isso emerge a punibilidade, consubstanciada na possibilidade jurídica de a sanção ser imposta, como consequência jurídica do crime.<sup>777</sup> Deste modo, não há punibilidade antes da ocorrência da condição, deste modo, não pode se iniciar a ação penal, porquanto ofertada a denúncia sem que estejam presentes as condições objetivas de punibilidade, essa deve ser rejeitada por não haver crime.<sup>778</sup>

A decisão que concede a recuperação judicial (art. 58, LFRE) constitui um estado fático-jurídico em que o devedor “permanecerá” pelo prazo de 2 (dois) anos, se antes não for decretada a sua falência. Dizer que a referida decisão é condição objetiva de punibilidade significa, conforme Munhoz, que ela é elemento exterior à conduta proibida, sendo imposta pelo legislador como circunstância que faz surgir, no caso concreto, “o interesse e a possibilidade do Estado punir o agente.”<sup>779</sup>

A lei, ao exigir uma condição objetiva a fim de tornar um fato praticado punível, condiciona a punibilidade ao “aperfeiçoamento de elementos ou circunstâncias não encontradas na descrição típica do crime e exteriores à conduta”, que independem de estarem cobertas pelo dolo do agente, por ser exterior ao tipo e, por conseguinte, ao crime.<sup>780</sup>

No entanto, segundo Munhoz, a decisão que concede a recuperação judicial seria um elemento do tipo e não condição objetiva de punibilidade, por conseguinte, é que “como elementares, precisam ser abrangidas pelo dolo do agente, ou seja, o agente se conduz com a consciência de sua existência.” Assim, o conhecimento de decisão passa a ser necessário para a punição.<sup>781</sup>

De qualquer forma, sem a decisão prevista no art. 58 não há como se falar em crime na recuperação judicial, independentemente do momento em que o fato tenha ocorrido. Em outras palavras, caso o devedor cometa algum dos fatos tipificados na Lei n. 11.101, como,

---

<sup>777</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 379.

<sup>778</sup> NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. Comentários aos art. 179 a 182. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005, artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 570-571.

<sup>779</sup> *Ibid.*, p. 570.

<sup>780</sup> MIRABETE, op. cit., p. 379.

<sup>781</sup> NOSTRE, op. cit., p. 571.

por exemplo, praticar “ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem” (art. 168, LFRE) ou, ainda, praticar “ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais” (art. 172, LFRE), não haverá crime se a recuperação judicial não foi concedida ou a falência decretada.

#### **2.5.4 Do término da recuperação judicial: sentença ou falência**

No caso de a recuperação ser concedida (art. 58, LFRE), e todas as obrigações vencidas no prazo de dois anos serem adimplidas, por sentença será decretado o encerramento da recuperação judicial (art. 63, LFRE), e providenciar-se-ão as medidas finais (art. 63, incisos I a V, LFRE).

A sentença que encerra o processo de recuperação judicial “marca a volta do devedor à normalidade no exercício de sua atividade empresarial.”<sup>782</sup>

O prazo de 2 (dois) anos, como observado por Munhoz, é positivo porque estabelece um limite para a assunção de custos e para o devedor retornar a suas atividades em situação de normalidade. No entanto, poderia a Lei n. 11.101, de 2005, “ter adotado a sistemática de encerrar o processo com a aprovação do plano, como ocorre nas leis norte-americanas e alemã.”<sup>783</sup> Depois da sentença, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência, mas aí com fundamento no art. 94 da LFRE.

Destarte, é apropriado observar: (i) para o instituto da recuperação judicial, é sentença a decisão que põe término ao processo; (ii) a Lei não prevê, de modo expresso, a interposição de recurso de apelação, porque o conteúdo nuclear da sentença foi definido com a concessão da recuperação judicial (art. 58), cuja eficácia fático-jurídica é plena há 2 (dois) anos;<sup>784</sup> (iii) o prazo de 2 (dois) anos não está vinculado aos prazos definidos no plano de recuperação, assim, com exceção dos limites fixados na lei, como, por exemplo, para o pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho (art. 54, parágrafo único), o plano poderá fixar o prazo para o início dos pagamentos, ao menos os mais significativos, para data muito além

---

<sup>782</sup> MUNHOZ, 2007, p. 306.

<sup>783</sup> Ibid., p. 306.

<sup>784</sup> A Lei 11.101, de 2005, estatui que a sentença que encerra a falência “será publicada por edital e dela caberá apelação” (art. 156, parágrafo único).

daquela em que será encerrada a recuperação; (iv) o adimplemento das obrigações vencidas em até 2 (dois) anos após a concessão da recuperação constitui-se em uma certificação de que a análise acerca da viabilidade da recuperação do devedor foi correta, de modo que ao devedor deve ser concedido, em definitivo, o direito de adimplir com as suas obrigações nos termos em que estas restaram novadas, porque assim maior a probabilidade de a atividade empresarial ser mantida; (v) a sentença na recuperação judicial é a materialização jurídica dos objetivos do instituto de forma harmônica. Todos os interesses foram conciliados e satisfatoriamente atendidos.

As possibilidades de a falência vir a ser decretada durante o processo de recuperação estão expressas no art. 73 da Lei n. 11.101, de 2005 – o juiz “decretará a falência durante o processo de recuperação judicial.” Tal dispositivo é o primeiro do capítulo IV da Lei, cuja denominação é “da convocação da recuperação judicial em falência”. Muito importante, diante do que foi aduzido acerca do despacho inicial (art. 52), da decisão que concede a recuperação judicial (art. 58) e da sentença (art. 63), registrar que a decisão proferida com fulcro no art. 73 não importa na convocação da recuperação judicial em si, ou seja, não há a convocação do conteúdo de mérito em falência. A convocação a que se refere a Lei é a do processo de recuperação judicial em processo de falência, o qual iniciar-se-á, nesta hipótese, com o reconhecimento do devedor como falido.

A conversão da ação de recuperação em ação de falência (art. 73) faz com que a última, por advir daquela, já se inicia com a decretação da quebra do devedor. E, naturalmente, retira do devedor a possibilidade de, no prazo para apresentar a sua contestação ao pedido de falência, ajuizar a ação de recuperação judicial, o que evitaria a decretação de sua quebra (art. 96, VII), se pleiteada fosse com fulcro no art. 94, inciso I, da Lei n. 11.101, de 2005.

O encerramento do processo de recuperação judicial pode, assim, ocorrer antes da sentença quando uma das hipóteses elencadas no art. 73 da LFRE se fizer presente, ou, então, no caso de a falência do devedor ser decretada.<sup>785</sup> Assim podem as situações ser sintetizadas:

a) O plano de recuperação for rejeitado pela assembleia geral (art. 73, I e III).

---

<sup>785</sup> Cf. Milani: “O parágrafo único do art. 73 veicula hipóteses de decretação direta da falência do devedor, e não de convocação da recuperação judicial em falência.” (MILANI, 2011, p. 304).

b) O devedor não apresentar o plano (art. 73, II).

c) Ocorrer o inadimplemento das obrigações constantes no plano (art. 74, IV).

Atenta-se, destarte, para a relevância do plano de recuperação. Todas as situações que importam no término da recuperação judicial estão relacionadas ao plano, que, por sua vez, estrutura-se a partir das relações obrigacionais.

O TJRS, ao julgar o AI 70040733479, no qual se discutia a possibilidade de a “empresa recuperanda” convocar nova assembleia de credores, com o intuito de apresentar proposta de modificação do plano anteriormente aprovado”, sublinhou que se tratava de “situação não prevista pela lei”, e optou por conceder a nova oportunidade “em face do princípio da preservação da empresa, pela sua função social”.<sup>786</sup>

No julgamento do RMS 30686, o STJ negou a pretensão do AEROS – Fundo de Previdência Complementar – de obter da devedora (VASP) uma proposta que contemple a forma de pagamento de seu crédito de forma distinta dos demais credores, porquanto a natureza do crédito, seja ele privilegiado ou não, não confere ao seu titular a prerrogativa de obter um plano que contemple individualmente seus créditos, uma vez que a pretensão importaria na subversão do processo de recuperação judicial, pois “o plano de reorganização da empresa deve, para seu êxito, contemplar, conjuntamente, todos os débitos da recuperanda”.<sup>787</sup> E assentou:

Assim, em atenção ao caráter imutável e vinculativo do Plano de Recuperação Judicial aprovado, a Lei de regência (Lei n. 11.101/2005) é expressa no sentido de que, caso a empresa beneficiada, por qualquer razão, afaste-se das diretrizes delineadas no Plano aprovado e homologado judicialmente, a recuperação poderá ser convalidada em falência, inclusive por requerimento de qualquer credor.<sup>788</sup>

Registra-se que a competência para apreciar qualquer questão inerente ao plano de recuperação é do juízo universal. O STJ, ao examinar o CC 112716, no qual se debatia a competência, entre o juízo cível ou o juízo trabalhista, para decidir sobre atos expropriatórios vinculados às obrigações abrangidas pelo plano de recuperação homologado, expôs dois

<sup>786</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AI 70040733479. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. *DJ* 13 maio 2011.

<sup>787</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 20 out. 2010.

<sup>788</sup> *Ibid.*

entendimentos. O primeiro, levantado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, foi no sentido de que compete à justiça do trabalho promover os atos expropriatórios inerentes às execuções trabalhistas quando já transcorrido o prazo de 1 ano da data em que a recuperação fora concedida sem que os pagamentos fossem efetuados, e, tampouco, fossem especificados no plano o modo e o tempo dos pagamentos. O segundo, aduzido pela Min. Nancy Andriahi, afirmou que tendo o devedor assumido, de modo expresso, no plano de recuperação, o dever de adimplir em um ano os débitos trabalhistas, o alegado descumprimento desse dever, ao menos em princípio, não deve autorizar de modo automático a continuação do processo executivo perante a justiça do trabalho, porque compete ao *juízo da recuperação*: com exclusividade: (i) apurar se o descumprimento efetivamente ocorreu; (ii) fixar as consequências desse descumprimento, podendo chegar à *falência* do devedor.<sup>789</sup> O último prevaleceu.

As três únicas exceções em que o desfecho do processo de recuperação judicial não está de alguma forma vinculada ao plano, e, por conseguinte, às relações obrigacionais, parecem ser: (i) quando ocorrer a desistência do pedido com a concordância dos credores, verificada em assembleia-geral (art. 52, §4º); (ii) quando o pedido de recuperação judicial for indeferido, sem a decretação da falência do devedor, por ausência das certidões negativas referentes aos tributos (art. 57);<sup>790</sup> (iii) quando, como anotado por Milani, o pedido de processamento da ação for indeferido.<sup>791</sup>

Do exposto nos itens 2.4 e 2.5, sete conclusões relevantes para esta pesquisa são passíveis de serem extraídas:

A primeira: a probabilidade de o conjunto de objetivos da recuperação ser alcançado de modo mais significativo está atrelada à celeridade implantada para o exame da viabilidade de soerguimento do devedor, uma vez que, de um lado, (i) quanto mais tempo o devedor mantiver a atividade empresarial deficitária, menor será a possibilidade de as suas obrigações serem cumpridas, e, de outro, (ii) a concessão da recuperação pressupõe que a atividade empresarial exercida pelo devedor seja, sob o prisma econômico-financeiro, viável.

---

<sup>789</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. CC 112.716. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Relatora para o acórdão Mina. Nancy Andriahi. *DJe* 20 maio 2011.

<sup>790</sup> Cf. Ulhoa Coelho, não haveria a terceira hipótese. (COELHO, 2005, p. 188).

<sup>791</sup> MILANI, 2011, p. 301.

A segunda: a superação da crise pelo devedor pressupõe a cooperação da coletividade dos credores. Neste sentido, pode-se dizer que quem supera a crise são as pessoas que são partes nas relações obrigacionais. São elas que aceitam cooperar umas com as outras por assim entenderem que a probabilidade de satisfazer seus direitos e deveres será maior. Por isso, a lei exige, como requisito para a concessão da recuperação judicial (art. 58), a concordância da maioria dos credores e do próprio devedor.

A terceira: o objetivo de se preservar a atividade empresarial exercida pelo devedor está condicionado não apenas à manutenção da eficácia dos direitos dos credores como também à anuência da maioria dos credores e do devedor acerca de se constituir o plano de recuperação em uma probabilidade maior de as partes satisfazerem seus interesses do que aquela inerente à falência.

A quarta: é possível, dependendo das circunstâncias de fato, que todos os objetivos da recuperação judicial sejam alcançados de modo mais eficiente por meio de um processo de falência. Compreender isso, porém, exige que se amplie a percepção, para nela também incluam-se as conexões inerentes (i) às obrigações estabelecidas entre os credores do devedor em crise e terceiros vinculados ao processo apenas de modo indireto, e (ii) às obrigações que serão pactuadas pelos agentes do mercado com outros empresários e sociedades empresárias em crise econômico-financeira, com alta possibilidade de ingressarem com a ação de recuperação.

A quinta: o ato por meio do qual o juiz defere o processamento do pedido de recuperação (art. 52, LFRE) é um mero despacho, vazio de qualquer conteúdo decisório (art. 162, §3º, do CPC), por isso irrecorrível (art. 504, CPC). O ato por meio do qual o juiz concede a recuperação (art. 58, LFRE) é uma decisão interlocutória (art. 162, §2º, do CPC), cujo conteúdo: (i) possui eficácia declaratória, constitutiva e condenatória; (ii) antecipa os efeitos da tutela requerida pelo autor da ação; (iii) pode ser objeto de agravo (art. 59, §2º, LFRE).<sup>792</sup> E o ato por meio do qual o juiz (i) encerra o processo de recuperação (ii) ratifica a concessão antecipada, tornando-a definitiva, e (iii) exclui as condições resolutivas (art. 63,

---

<sup>792</sup> Neste sentido, em conformidade com o art. 522, do CPC, segundo o qual: “Das decisões interlocutórias caberá agravo [...]”

LFRE) é uma sentença (art. 162, §1º, do CPC), contra a qual, em tese, caberá apelação (art. 513, do CPC).<sup>793</sup>

A sexta: a decisão que concede o pedido formulado pelo devedor (art. 58, LFRE), a qual subjaz a anuência da maioria dos credores e do próprio devedor com o plano, gera efeitos que alteram o conteúdo das relações obrigacionais e têm o condão de restringir a eficácia dos direitos dos credores em definitivo, o que a diferencia, em essência, do despacho inicial (art. 52, LFRE).

A sétima: ao estabelecer que a decisão que decreta a falência ou a decisão concessiva da recuperação é condição objetiva de punibilidade das infrações penais praticadas pelo devedor, mesmo antes de elas serem proferidas, na recuperação judicial, a lei estabelece que o Estado somente terá interesse em punir o devedor se o juiz constituiu uma situação fático-jurídica nova. De modo que, ocorrendo, por exemplo, entre o despacho inicial e a assembleia geral, algum dos crimes tipificados na Lei n. 11.101, de 2005, este somente será punível se uma nova situação fático-jurídica for constituída pelas citadas decisões. Assim, o despacho inicial, por si só, não constitui uma nova situação fático-jurídica para o devedor a ponto de alterar o conteúdo dos direitos dos credores.

---

<sup>793</sup> O art. 513, do CPC dispõe: “Da sentença caberá apelação [...].”

### 3 INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 67, *CAPUT*, DA LFRE: UMA PROPOSTA

#### 3.1 DO PROBLEMA: COLOCAÇÃO

O art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, estabelece que “os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência”, contudo, o sentido e o alcance da expressão “durante a recuperação” não são precisos o suficiente para tornar a interpretação da norma jurídica lugar comum. Pelo contrário, cinco interpretações parecem ser passíveis de serem sustentadas pelo intérprete. As hipóteses serão abaixo reiteradas, fazendo-se referência aos autores que aderem, ou parecem aderir, a cada uma delas, bem como, ao acórdão proferido pelo TJRS (*leading case*).<sup>794</sup>

*Primeira hipótese:* Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor após a data da distribuição da Ação de Recuperação Judicial devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

Este é o entendimento de Ulhoa Coelho: “Convolada a recuperação judicial em falência, por qualquer razão, os credores posteriores à distribuição do pedido do pedido serão reclassificados.”<sup>795</sup>

E também de Francelino de Araújo:

O insucesso do plano de recuperação judicial com a decretação da falência, superveniente, impõe, obrigatoriamente, a reclassificação dos créditos constituídos após a distribuição do pedido de recuperação, para que sejam atingidos os objetivos da Lei n. 11.101/2005. Esses créditos foram abertos pelos credores ao devedor comum, empresário ou empresa. Com tal ato esses credores colaboraram positivamente com o devedor em sua tentativa de superar a crise financeira, através da recuperação judicial. Para que não haja prejuízo para eles, transformando-se a recuperação em quebra, é justo e necessário que os créditos sejam reclassificados, em razão da natureza processual do novo instituto.<sup>796</sup>

---

<sup>794</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível. AI 70025116567 Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. DJ 27 abr. 2009.

<sup>795</sup> COELHO, 2005, p. 180.

<sup>796</sup> ARAÚJO, José Francelino de. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2009, item 131.



*Segunda hipótese:* Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor *após a data do despacho inicial* que defere o processamento do pedido de recuperação, previsto no art. 52 da LFRE, devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

Esta parece ser a posição defendida por Munhoz: “O art. 67 visa assegurar a possibilidade de o devedor ter acesso a financiamento durante o processamento da recuperação [...]”.<sup>797</sup>

Por Mandel: “Extremamente inovador este artigo, que prevê a proteção aos fornecedores que confiarem na empresa durante o procedimento de recuperação judicial, pois uma das maiores queixas dos devedores em processo de concordata era a falta de crédito”.<sup>798</sup>

Por Pacheco:

Três elementos são essenciais para a eclosão desses créditos extraconcursais: a) que decorra de obrigação contraída pelo devedor; b) no curso do processo de recuperação judicial; c) a fim de permitir e contribuir para a prossecução da empresa. Daí, excluam-se os créditos tributários decorrentes de imposição legal e incluam-se todos aqueles, cujos titulares inclinaram-se para contribuir com serviços, materiais, financiamentos, empréstimos com o objetivo de levantar a empresa.<sup>799</sup>

Parece ser também ser o entendimento de Jorge Lobo:

[...] se o credor quirografário possuía um crédito de R\$ 200.000,00 quando do pedido inicial e se, durante o processo de recuperação, firmou contratos no valor de R\$ 100.000,00, fará jus, no caso de decretação da falência do devedor, à reclassificação de parte de seu crédito originário, passando então a credor quirografário por R\$ 100.000,00 e a credor com privilégio geral por R\$ 100.000,00, além de credor extraconcursal pelo que não houver recebido durante a recuperação.<sup>800</sup>

E de Pereira da Fonseca:

O requisito para que o crédito seja classificado como extraconcursal, na eventualidade de ser posteriormente decretada a falência, é que seja decorrente de obrigação contraída pelo devedor durante a recuperação judicial. Considera-se que o

<sup>797</sup> MUNHOZ, 2007, p. 317.

<sup>798</sup> MANDEL, 2005, p. 141.

<sup>799</sup> PACHECO, 2006, p. 175.

<sup>800</sup> LOBO, 2009, p. 200.

devedor está em recuperação judicial a partir do momento em que é deferido o processamento do benefício, nos termos do art. 52, e até que transcorra o prazo previsto no art. 61 da Lei de Falências, ou seja, até que se cumpram as obrigações do plano que se vencerem até dois anos após a decisão judicial que conceder a recuperação nos termos do art. 58.<sup>801</sup>

O TJRS, ao apreciar o AI 70025116567, relatado pela Des. Liege Puricelli Pires, entendeu que a expressão “durante a recuperação judicial”, presente nos art. 67, *caput*, da LFRE, “quis abarcar o período em que estabelecida a relação processual da ação de recuperação, com o deferimento do processamento do pedido recuperatório”, por ser “essa a interpretação que mais se mostra adequada ao princípio da preservação da empresa, norteador da novel legislação, estando inclusive positivada no art. 47 da Lei nº 11.101/05.”<sup>802</sup> O Revisor, Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, assim ratificou o entendimento da Relatora: “A meu ver, o despacho que concede o processamento do pedido de recuperação judicial gera sim os efeitos previstos aos credores dispostos no art. 67 da Lei nº 11.101/2005.”<sup>803</sup>

No caso julgado pelo TJRS, a credora, uma sociedade empresária que havia financiado e construído, poucos meses antes do ajuizamento da ação de recuperação, a fábrica na qual o devedor exercia a atividade empresarial, tendo sobre o imóvel recaído a garantia real (hipoteca), pleiteava a retificação do quadro geral de credores, para excluir da categoria de extraconcursais os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo falido entre a data do despacho inicial e a data da decisão que decretou a falência em face da rejeição do plano de recuperação pela Assembleia Geral de credores, pois, do contrário, nenhum valor seria destinado aos credores concursais, mesmo para aqueles titulares de créditos com garantia real ou de natureza trabalhista.

*Terceira hipótese:* Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor *após a data em que se extinguiu o prazo* para os credores impugnarem o plano de recuperação, sem que nenhuma impugnação tenha sido apresentada (aprovação tácita do plano pelos credores – art. 55, da LFRE), devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

---

<sup>801</sup> FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. Comentários ao art. 64 a 69. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 453-454.

<sup>802</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cívica. AI 70025116567. Relatora: Des. Liege Puricelli Pires. *DJ* 27 abr. 2009.

<sup>803</sup> *Ibid.*

Não foi localizada nenhuma referência na doutrina acerca desta possibilidade.

*Quarta hipótese:* Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor *após a data da assembleia-geral* de credores em que o plano de recuperação foi aprovado nos termos do art. 45, da LFRE, devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

Também aqui, nenhuma referência na doutrina acerca desta possibilidade foi encontrada.

*Quinta hipótese:* Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor *após a data da decisão que concedeu o pedido* de recuperação judicial, prevista no art. 58 da LFRE, devem ser considerados como extraconcursais em caso de decretação da falência do devedor.

Este é o entendimento de Franco e Sztajn, que de modo taxativo afirmam que serão classificados como extraconcursais os créditos decorrentes de obrigações “contraídas após a concessão da recuperação”:

[...] as dívidas contraídas após a concessão da recuperação (desde que autorizadas pelo comitê, ou pelo administrador judicial) não estarão submetidas à lei da recuperação e serão consideradas extraconcursais caso a recuperação se transmude em falência.<sup>804</sup>

Ainda:

As dívidas contraídas após a concessão da recuperação (desde que autorizadas pelo comitê ou pelo administrador judicial) não estarão submetidas à lei da recuperação e serão consideradas extraconcursais caso a recuperação se transmude em falência (art. 67 da LRE).<sup>805</sup>

Este também é o entendimento de Osvaldo Biolchi, relator do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados:

Afora isso, para se recuperar as empresas é indispensável o capital de giro. O art. 67 desta nova legislação é claro e estabelece que: “Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, [...] serão considerados extraconcursais [...]”.

---

<sup>804</sup> FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 247.

<sup>805</sup> Ibid., p. 248.

Este princípio é de grande relevância para a recuperação das empresas. Primeiramente, porque nos deixa claro que toda e qualquer obrigação assumida, como aquisição de bens a prazo, novos aportes financeiros feitos na execução do Plano de Recuperação de Empresa, é considerada obrigação, que, em eventual decretação de falência da empresa em recuperação, é considerada extraconcursal; isto significa que terá prioridade sobre qualquer credor dos credores anteriores à recuperação judicial.

Com esta revolução e o espírito da nova lei em vigor, as empresas que se encontrarem em recuperação judicial poderão gozar de crédito com mais certeza na devolução desses valores e adimplir, com isto, suas obrigações com mais segurança. Isto tudo representa, indubitavelmente, mais facilidade de recuperação.<sup>806</sup>

Para Milani, os créditos fiscais não estão abrangidos pelo alcance do art. 67, *caput*, da LFRE,<sup>807</sup> e só estariam, pelo que deixa transparecer, os créditos concedidos após o deferimento do pedido: “A finalidade do art. 67: “indubitavelmente, a finalidade é a de fomentar e premiar aqueles que, mesmo após o deferimento da recuperação judicial, continuam prestigiando a atividade do devedor”.<sup>808</sup>

Wilson Batalha, Nelson e Sílvia Rodrigues Netto assim se expressam: “visando a garantir a continuidade regular da atividade do devedor, créditos concedidos após o deferimento da recuperação judicial têm posição privilegiada. Caso assim não fosse, ninguém mais concederia crédito ao devedor.”<sup>809</sup>

Deve-se assinalar que o art. 74 da LFRE também faz uso da expressão “durante a recuperação judicial”, exatamente como consta no art. 67, *caput*. Ao comentar aquele artigo, Zanini faz referência aos atos praticados “de acordo com o previsto no Plano”. *In verbis*:

Assim, tendo sido o ato praticado de acordo com o previsto no Plano de Recuperação, não há falar-se em invalidade. Aplica-se, neste caso, a mesma sistemática preconizada no art. 131 da Lei, que excepciona da ineficácia a prática dos atos relacionados em alguns dos incisos do art. 129.<sup>810</sup>

<sup>806</sup> BIOLCHI, 2009, p. XLII.

<sup>807</sup> Cf. Milani: “Questiona: ‘Os créditos fiscais estão abrangidos no campo de aplicação do art. 67?’. Responde: ‘Não, pois consoante as lições de José da Silva Pacheco, os créditos fiscais não preenchem os elementos essenciais para a configuração dos créditos extraconcursais, a saber: (1) serem decorrentes de obrigação contraída pelo devedor; (2) ocorrerem durante a recuperação judicial; (3) permitirem e contribuírem para a continuidade da empresa. Além dos mais, o credor tributário não pode ser considerado um colaborador da recuperação judicial.’ (MILANI, 2011, p. 287). No mesmo sentido, Batalha e Rodrigues Netto: “Exatamente por não resultarem de negócios jurídicos, e, por conseguinte, ausente o fundamento de terem contribuído com o reerguimento da empresa, créditos derivados de deveres ex lege, como tributos, indenizações etc., não serão tratados como extraconcursais.” (BATALHA; RODRIGUES NETTO; RODRIGUES NETTO, 2007, p. 115).

<sup>808</sup> MILANI, op. cit., p. 287.

<sup>809</sup> BATALHA; RODRIGUES NETTO; RODRIGUES NETTO, op. cit. p. 115.

<sup>810</sup> ZANINI, Carlos Klein. Comentário ao art. 74. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005*: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 335.

Além de alguns autores sequer fazerem referência à matéria,<sup>811</sup> há manifestações que não permitem afirmar, com segurança, qual a posição do autor. A título exemplificativo, Maluf e Faria:

Serão classificados como ‘extraconcursais’ os créditos relativos a obrigações contraídas pelo devedor, durante o trâmite da recuperação judicial, inclusive os créditos [...].

A diretiva do dispositivo em comento busca propiciar a manutenção do crédito da empresa devedora que necessita de subsídios para manter em funcionamento, e para possibilitar o cumprimento da meta estabelecida na reorganização proposta. Não passou despercebida ao legislador a indispensável continuidade do fornecimento de bens e serviços (inclusive a obtenção de mútuo), depois de requerida a recuperação judicial, para propiciar recursos econômico-financeiros à reorganização da empresa. O fornecedor e o credor quirografário, que correram o risco com o eventual insucesso do plano de recuperação, foram compensados com as classificações na Falência de seus créditos: extraconcursais e privilegiados, respectivamente.<sup>812</sup>

Bezerra Filho:

Esta é uma disposição sábia da Lei, pois atua como incentivo para que aqueles que negociam com a empresa continuem a fazê-lo durante o período de recuperação judicial. Pretende a Lei que essa disposição atue como incentivo para que o terceiro continue fornecendo normalmente bens e serviços para a empresa que pediu recuperação, desde que se trate de venda a prazo.<sup>813</sup>

Ochoa e Weinmann não deixam explícito o entendimento que possuem acerca do marco inicial para a eficácia do art. 67. Ao fazerem uso do título “Efeitos da sentença concessiva sobre os débitos que venham a ser contraídos durante o processamento da recuperação”,<sup>814</sup> dão a impressão que se referem à decisão prevista no art. 58, através da qual o juiz concede o pedido. Assinalam, ainda, que o art. 67 é “uma garantia aos credores para que, durante o período da recuperação, tenham um mínimo de segurança para contratar com a empresa devedora”.<sup>815</sup> No entanto, logo adiante escrevem “por efeito do pedido de recuperação”, o que dá a impressão de que entendem como extraconcursais, em caso de falência, os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor depois da data em que proferido o despacho de processamento do pedido: “Trata-se da concessão de benefício cujo

<sup>811</sup> Por exemplo: MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, p. 575-576.

<sup>812</sup> MALUF; FARIA, 2008, p. 117.

<sup>813</sup> BEZERRA FILHO, 2009, p. 165.

<sup>814</sup> OCHOA; WEINMANN, 2006, p. 93.

<sup>815</sup> *Ibid.*, p. 93.

escopo é atenuar o risco iminente de que a empresa em recuperação perca seu crédito perante os fornecedores, por efeito do pedido de recuperação”.<sup>816</sup>

Enfim, nenhuma das posições doutrinárias, tampouco o conteúdo do acórdão proferido pelo TJRS, têm o condão de demonstrar porque uma das interpretações do art. 67, *caput*, da LFRE até aqui realizadas deve prevalecer sobre as outras, igualmente racionais, por isso talvez se apresentam como díspares.

*Ex positis*, três observações mostram-se apropriadas:

(i) A primeira hipótese vincula-se a um ato do devedor; a segunda, a um despacho judicial; a terceira e a quarta hipóteses vinculam-se à concordância, tácita ou expressa, dos credores com o plano de recuperação; e a quinta a uma decisão judicial.

(ii) Todas as hipóteses, em última análise, referem-se a uma possibilidade de harmonizar a relação entre o princípio da recuperação do devedor e o princípio da satisfação dos interesses dos credores, o que naturalmente conduzirá à concretização do princípio da eficiência econômico-jurídica.

(iii) Simplesmente escolher uma das hipóteses acima elencadas, invocando a posição de um ou outro autor, atribuindo-lhe a qualificação de autoridade, não seria aceitável no caso em tela. Deve-se sim, tendo como ponto de partida a Lei n. 11.101, de 2005, pesquisar e reconstruir a interpretação do *caput* do art. 67, indicando, por conseguinte, o marco a partir do qual os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial devem ser considerados extraconcursais em caso de decretação de falência.

### 3.2 DO MÉTODO: EXPOSIÇÃO

A obtenção das premissas que antecedem a conclusão proporcionada pelo processo silogístico é condição para que a subsunção possa ocorrer, e, o mais importante, será determinante para o resultado. Na medida da imprecisão do sentido das palavras citadas no

---

<sup>816</sup> OCHOA; WEINMANN, 2006, p. 94.

texto legal será a necessidade de se ampliar a busca pelos seus significados, sem as quais não se obterá a premissa maior (norma).<sup>817</sup>

Assim, ratifica-se que o ponto de partida está no texto. Para, no caso em tela, perguntar-se: pode-se dizer que a expressão “durante a recuperação judicial” contida no art. 67, *caput*, da LFRE, é imprecisa ou duvidosa? Cumpre investigar.

Em um primeiro momento, selecionar-se-ão os artigos, da LFRE, nos quais consta a expressão referencial (*durante a recuperação judicial*); em ato contínuo, aqueles que contêm expressões correlacionadas àquela, os quais podem ser ordenados e listados em 10 (dez) grupos, conforme a proximidade literal das palavras utilizadas.

Expressão referência: *durante a recuperação judicial*.

Art. 49, §5º: “vencidas *durante a recuperação judicial*”.

Art. 67: autoriza o devedor a contrair dívidas “*durante a recuperação judicial*”.

Art. 74: presunção de validade dos atos praticados “*durante a recuperação judicial*”.

Art. 84, V: “praticados *durante a recuperação judicial*.”

Expressões correlacionadas:

1. Expressão correlacionada: *deferir o processamento da recuperação judicial*.

Art. 6º: “o *deferimento do processamento da recuperação judicial* suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.”

Art. 52: “o juiz *deferirá o processamento da recuperação judicial*”.

Art. 52, §1º, I: “decisão que *deferre o processamento da recuperação judicial*”.

Art. 52, §2º: “*Deferido o processamento da recuperação judicial*”.

Art. 52, §4º: “O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o *deferimento de seu processamento*”.

Art. 56, §1º: “dias contados do *deferimento do processamento da recuperação judicial*.”

Art. 192, §3º: “se *deferido o processamento da recuperação judicial*”.

<sup>817</sup> Cf. Larenz: “Quanto menos o sentido literal, conforme ao uso lingüístico geral ou, também, conforme a um uso lingüístico jurídico especial, for capaz de fixar logo de modo definitivo o significado de uma expressão precisamente *neste* contexto, neste *lugar* da lei, tanto menos se deverá prescindir do seu conhecimento, devendo pois pôr-se em marcha o processo de compreender mediante o interpretar.” (LARENZ, 1997, p. 452).

**2. Expressão correlacionada: deferir a recuperação judicial.**

Art. 6º, §7º: As execuções de natureza fiscal não são suspensas “pelo deferimento da recuperação judicial.”

**3. Expressão correlacionada: aprovação do plano de recuperação judicial.**

Art. 26: o comitê de credores terá competência [...] “durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.”

Art. 45: “Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores” deverão aprovar a proposta.

Art. 58: “o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor” ou “tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores”.

**4. Expressão correlacionada: distribuição do pedido de recuperação judicial.**

Art. 50, XII: “termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial”.

Art. 54: “vencido até a data do pedido de recuperação judicial”.

Art. 59: o plano implica novação dos créditos “anteriores ao pedido”.

Art. 66: “Após a distribuição do pedido de recuperação”.

Art. 67, parágrafo único: estabelece um estímulo aos credores que continuarem fornecendo ao devedor “após o pedido de recuperação judicial” no caso de falência.

Art. 71, III: “contado da distribuição do pedido de recuperação judicial”.

Art. 99, II: termo legal da falência, em até 90 dias, “do pedido de recuperação judicial”.

**5. Expressão correlacionada: procedimento de recuperação judicial.**

Art. 69: atos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial a expressão “em recuperação judicial”.

Art. 64: “Durante o procedimento de recuperação judicial” o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial.

**6. Expressão correlacionada: pedido de recuperação judicial.**

Art. 72, parágrafo único: o juiz “julgará improcedente o pedido de recuperação judicial”.

**7. Expressão correlacionada: durante o processo de recuperação judicial.**

Art. 73: O juiz decretará a falência “durante o processo de recuperação judicial”.

**8. Expressão correlacionada: durante o período.**

Art. 61, §1º: “Durante o período” de dois anos, após a concessão da recuperação.

Art. 67, parágrafo único: até o limite do valor dos bens ou serviços fornecidos “durante o período da recuperação.”



### 9. Expressão correlacionada: *conceder a recuperação judicial*.

Art. 58: “o juiz *concederá a recuperação judicial*”.

Art. 58, §1º: “O juiz poderá *conceder a recuperação judicial*”.

Art. 59, §2º: qualquer credor poderá agravar da “*decisão que conceder a recuperação*”.

Art. 61: com a decisão prevista no art. 58 “*o devedor permanecerá em recuperação judicial* até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da *concessão da recuperação judicial*.”

Art. 61, §1º: dois anos, “após a *concessão da recuperação*”.

Art. 180: “A sentença que decreta a falência, *concede a recuperação judicial* [...] é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.”

Art. 183: a competência para conhecer da ação penal é do juiz criminal onde tenha sido “*concedida a recuperação judicial*”.

### 10. Expressões *residuais* correlacionadas.

Art. 49, §1º: “*em recuperação judicial*”.

Art. 49, §2º: “*anteriores à recuperação*”.

Art. 49, §3º: “não se submeterá aos *efeitos da recuperação judicial*”.

Art. 196: “relação de todos os devedores falidos ou *em recuperação judicial*.”

Os textos acima indicam que a interpretação literal da expressão “durante a recuperação judicial” não será suficiente para fundamentar uma decisão acerca do seu sentido e alcance. Não obstante a CAE ter colocado em seu Parecer que os dispositivos da Lei n. 11.101 “devem ser claros tecnicamente, para que se reduza, tanto quanto possível, a possibilidade de que controvérsias interpretativas comprometam a segurança jurídica dos interessados”,<sup>818</sup> não parece tal dever ter sido realizado, ao menos não no caso em tela.<sup>819-820</sup>

<sup>818</sup> BRASIL. Senado Federal 2003.

<sup>819</sup> A evolução técnica almejada pela CAE foi significativa, dentro do que parece ter sido possível, como se depreende do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – relatoria do Senador Fernando Bezerra. Segundo consta, o Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, foi apresentado pelo Poder Executivo durante o governo do Presidente Itamar Franco. Depois de 484 emendas e 5 substitutivos, apresentados durante seus dez anos de tramitação, a matéria foi votada e aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, na sessão de 15 de outubro de 2003, na forma da Subemenda Substitutiva de Plenário, apresentada pelo relator, Deputado Osvaldo Biolchi. O então Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003, foi distribuído à Comissão de Assuntos Econômicos – CAE –, sob a relatoria do Senador Ramez Tebet, onde recebeu parecer favorável, na forma de substitutivo integral, que manteve integralmente apenas 8 dos 222 artigos do projeto original. (BRASIL. Senado Federal, 2012, p. 1-2).

<sup>820</sup> Sobre a inadequação do Congresso detalhar cada etapa da *Bankruptcy*, mas de fornecer enunciados coerentes e consistentes, assim se expressou a Suprema Corte dos Estados Unidos: “In such a substantial overhaul of the system, it is not appropriate or realistic to expect Congress to have explained with particularity each step it took. Rather, as long as the statutory scheme is coherent and consistent, there generally is no need for a court to inquire beyond the plain language of the statute. The task of resolving the dispute over the meaning of §506(b) begins where all such inquires must begin: with the language of the statutes itself [...]. In this case it

Neste momento, isso é suficiente para avançar. Aos grupos e expressões suprarreferidas retornar-se-á quando da análise dos argumentos, ou seja, no item 4.4 deste Capítulo.

*Ex positis*, conclui-se que o texto do art. 67, *caput*, mesmo quando da conexão com outras expressões correlacionadas na LFRE, não permite uma afirmativa, obtida por meio de interpretação, segura quanto ao significado e alcance da expressão “durante a recuperação judicial”, tida como ponto de referência primário para a definição da norma jurídica que se pretende construir a partir daquele texto, porquanto não há a clareza imprescindível para a obtenção de uma premissa maior que encontre, em sua essência, apoio direto no sentido semântico do texto, mais precisamente em face da dúvida acerca da abrangência e natureza da expressão “durante a recuperação judicial” ali contida, em vista de sua aplicabilidade às obrigações contraídas pelo devedor.

Por conseguinte, a adoção singela e imediata do processo silogístico em que se constitui a subsunção não pode ocorrer quanto à aplicação da norma jurídica contida no texto do art. 67, *caput*, da LFRE às situações fáticas, porquanto a imprecisão da linguagem exige que a construção da premissa maior seja realizada com apoio em outros argumentos relacionados ao artigo, e, de modo especial, à expressão posta pelo legislador de modo impreciso.

Todavia, ocorre, que: (i) cânones diferentes podem levar a resultados diferentes;<sup>821</sup> (ii) inexistente consenso acerca de quais cânones de interpretação devem ser utilizados, nem quanto à prevalência de um ou outro,<sup>822</sup> e tampouco quanto à racionalidade dos juízos de valor exercidos na escolha dos argumentos que materialmente preencherão as premissas, no caso a maior (norma).<sup>823</sup>

---

is also where the inquiry should end, for where, as here, the statute's language is plain, “the sole function of the courts is to enforce it according to its terms.” *Caminetti v. United States*, 242 U.S. 470, 485, 37 S.Ct. 192, 194, 61 L.Ed. 442 (1917). The language before us expresses Congress' intent – that postpetition interest be available – with sufficient precision so that reference to legislative history and to pre-Code practice is hardly necessary.” (EPSTEIN; NICKLES; WHITE, 1993, p. 5).

<sup>821</sup> ALEXY, 2005, p. 35.

<sup>822</sup> *Ibid.*, p. 34-35.

<sup>823</sup> CANARIS, 2002, p. 32.

Destarte, cumpre perguntar: qual o procedimento mais adequado para abarcar todos os argumentos pertinentes ao objeto da interpretação? Caso fique claro que mais de uma interpretação é possível, como se procederá? Caso o procedimento adotado não seja suficiente para definir a interpretação que deva prevalecer, quais os parâmetros que devem ser aplicados às interpretações possíveis para se obter aquela que maior aderência ao objeto interpretado (texto) possui?

Apropriado assim responder: o procedimento mais abrangente é aquele que, ao invés de optar por um ou outro cânone, autoriza a combinação de todos eles, convertendo-os, assim, em argumentos,<sup>824</sup> de modo que todas as razões pertinentes à interpretação possam ser incluídas no discurso.<sup>825</sup> Na hipótese de mais de uma das interpretações ainda mostrarem-se racionalmente possíveis, sem que, portanto, se possa indicar, de plano, a mais adequada, deve-se proceder à ponderação entre os argumentos subjacentes às interpretações possíveis, investigando aqueles aos quais se deve conferir maior peso.<sup>826</sup> Caso a dúvida persista, os argumentos e as interpretações possíveis que sobre eles repousam devem ser submetidos aos deveres de medida,<sup>827</sup> atentando-se aos elementos fáticos necessários para a decisão.<sup>828</sup> Nesta senda, oportuno acrescentar as lições de Guerrero:

Por tanto, desde un punto de vista metodológico, el control de la constitucionalidad de los límites debe efectuarse a lo largo de un procedimiento en el cual la superación de cada fase o etapa conduce a la siguiente, hasta agotar las tres que pueden identificar-se: en la primera, se trata de desentrañar si la facultad pretendidamente menoscabada por la restricción forma parte o no del contenido total del derecho fundamental tal y como éste es delimitado por la Constitución; en caso afirmativo, habría de analizarse si el límite supera los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto en que se proyecta el principio de proporcionalidad; y, finalmente, aun cuando la restricción sea, en efecto, proporcionada, aún debería resolverse si la misma ha de declararse inconstitucional por afectar, no a una facultad o posibilidad de actuación integrante del contenido normal del derecho, sino constitutiva del absolutamente intangible contenido esencial.<sup>829</sup>

<sup>824</sup> Cf. Alexy: “A favor ou contra uma decisão jurídica podem ser suscitadas sobretudo normas jurídicas válidas [...]. É perfeitamente possível diferenciar uma norma como objeto semântico dos argumentos axiológicos, empíricos, jurisprudenciais, dogmáticos, entre outros, que podem ser usados na fundamentação de uma proposta de interpretação.” (ALEXY, 2005, p. 81).

<sup>825</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9ª Câm. Cív. EDcl 70022870174 Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. *DJ* 14 abr. 2008.

<sup>826</sup> ENGISCH, 2008, p. 370.

<sup>827</sup> RENCK, Renato Romeu. *Imposto de renda da pessoa jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 49.

<sup>828</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 618.571. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 19 dez. 2006.

<sup>829</sup> MEDINA GUERRERO, 1996, p. 170.

Deste modo, proceder-se-á.

### 3.3 DAS HIPÓTESES: FUNDAMENTAÇÃO

Inobstante a falta de um reconhecimento geral quanto à relação entre os argumentos de formas diferentes, e o peso que deve ser atribuído a cada um, os argumentos foram basicamente ordenados tendo como parâmetro a conexão entre a sua natureza e o texto da Lei n. 11.101, de 2005. Daí ter-se obtido a seguinte sequência: argumentos semânticos; sistemáticos; teleológicos; genéticos; históricos; e comparativos. No final do exame de cada uma das hipóteses, o qual abrange a interpretação do material normativo e a exposição dos argumentos, é formulada a norma jurídica que resultaria da interpretação e argumentação exposta.<sup>830</sup>

#### 3.3.1 Primeira hipótese: da distribuição da ação

A recuperação judicial, por se tratar de um processo *sui generis*, inicia-se com o ajuizamento da ação pelo devedor. A situação de crise econômico-financeira é um dos elementos essenciais do instituto, e restará flagrantemente admitida pelo devedor com o ajuizamento da ação. Este aspecto, para que o êxito do processo não seja algo impossível, reclama que medidas sejam tomadas em prol do devedor, e, indiretamente, dos credores e da coletividade social.

Enquanto o art. 66 da LFRE afirma que após a distribuição do pedido de recuperação judicial o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo aqueles previstos no plano; o art. 67, *caput*, lhe autoriza, em contrapartida, a oferecer aos seus eventuais financiadores, posteriores à distribuição do pedido, a garantia de que a eles será dada a preferência em caso de falência (art. 67, *caput*, LFRE).

O marco escolhido pelo legislador – distribuição do pedido – se justifica pelo fato de que qualquer agente do mercado verificará, até mesmo pela internet, a existência da ação de recuperação de judicial ajuizada pelo devedor. Ou seja, saberá que o crédito está sendo requerido por um devedor sujeito a um alto risco falimentar, como por ele admitido ao

---

<sup>830</sup> Cf. Alexy: “Sem que se diferencie entre a norma, a proposta de interpretação e os argumentos que sustentam essa proposta torna-se impossível uma visão clara da fundamentação jurídica.” (ALEXY, 2005, p. 81).

ingressar com a ação. Sem um tratamento diferenciado, por certo, tão tomaria nenhum risco nesta situação.

A expressão “durante a recuperação judicial”, no caso do art. 67, *caput*, da LFRE, refere-se a todo o período que abrange o instituto, inclusive aquele que antecede até mesmo o exame das formalidades pelo juiz, do qual resultará o despacho inicial, o qual absolutamente nada decide, razão pela qual é irrecorrível. Seus efeitos só não decorrem da distribuição do pedido porque precisam, para serem efetivados, de intervenção judicial, em face, tão somente, de aspectos práticos (intimações, ofícios, determinações, publicações, nomeações), que não teriam como ser realizados pelo devedor.

Agora, se há efeitos que possam ser deflagrados e praticados pelo devedor sem qualquer comunicação judicial, em prol da sua recuperação, eles devem ser concedidos após o ajuizamento da ação. Com a nova Lei, cabe ser dado ao devedor, o mais breve possível, todas as condições para recuperar-se. Por isso, o despacho inicial deflagra os efeitos previstos no art. 66 e do art. 67, *caput*, da LFRE; e tantos outros são provocados pelo despacho inicial.<sup>831</sup>

A ausência de condições da ação, como, por exemplo, a ausência de algum requisito formal, importará na extinção da ação sem julgamento do mérito, e, assim, não terá nenhum reflexo na aplicação do art. 67, *caput*, da LFRE desde a distribuição do pedido, pois não será decretada a falência do devedor. Em outras palavras, inapropriado será qualquer debate acerca de preferências no concurso de credores.

O conteúdo do art. 67, *caput*, da LFRE constitui-se em uma garantia legal que deve ser passível de ser oferecida pelo devedor independente da concordância dos credores concursais; do contraditório; da viabilidade de recuperação do devedor; de existência de empresa ativa; de empregos; dos benefícios gerados pelo devedor; da qualidade da gestão; do custo do crédito para o devedor; das intenções do devedor ou sócios e administradores da sociedade devedora; do exame dos elementos atinentes às condições da ação (neutros neste caso), porquanto com ela se objetiva, mormente, conservar a possibilidade de o pedido formulado na petição inicial ser apreciado pelos credores e posteriormente pelo juiz.

---

<sup>831</sup> Sobre o despacho inicial, *vide* capítulo 2, item 2.4.

O art. 67, parágrafo único, da LFRE prevê que será conferido aos créditos quirografários sujeitos à recuperação privilégio geral, cujos titulares sejam fornecedores de bens ou serviços, quando continuarem a prover o devedor normalmente após o pedido de recuperação. O mesmo alcance deve ser conferido às situações previstas no art. 67, *caput*.

O entendimento acima é o que melhor promove o conjunto dos princípios inerentes à recuperação, em especial o da preservação da empresa, tão destacado pela doutrina e pelos Tribunais, como se vê depreende dos julgamentos do STJ.<sup>832</sup> Ao se criar as condições fáticas necessárias para o devedor avaliar e preparar a sua recuperação, promove-se o princípio da recuperação do devedor, constitutivo do subsistema, e o princípio da preservação da empresa de forma mais particular. A restrição imposta ao princípio da satisfação dos interesses dos credores, também constitutivo, e mais especificamente ao princípio da preservação da eficácia e efetividade dos créditos, deve ser suportada pelos particulares, até para que possam avaliar a viabilidade do plano. Trata-se de uma prevalência do interesse social sobre o interesse particular.<sup>833</sup>

A distribuição da ação, por si só, já deflagra a necessidade de o devedor encontrar mecanismos para obter crédito imprescindível para continuar com a atividade empresarial, de modo que o exame das formalidades exigidas para o ingresso da ação de recuperação judicial, mais adiante verificáveis; a citação ou a posição dos credores acerca do plano não têm o condão de restringir a eficácia do princípio da preservação da empresa, porquanto ao devedor deverá ser autorizado exercer todas as medidas possíveis para conservar a possibilidade de recuperar-se, ao menos até a data em que o juiz apreciar o pedido.

Os ensinamentos de Pereira da Fonseca destacam-se pela sintonia com as praxes do mercado:

A distribuição do pedido de recuperação judicial, por si só, é suficiente para macular a reputação do devedor. Por sua própria natureza e tendo em vista as possíveis repercussões nos direitos dos credores, o pedido de recuperação indica no mínimo que o devedor atravessa uma crise financeira [...].<sup>834</sup>

---

<sup>832</sup> Sobre o princípio da preservação da empresa, *vide* capítulo 1, item 1.2.1.1.

<sup>833</sup> Sobre a relação entre o interesse social e particular na recuperação judicial, *vide* capítulo 1, item 1.3.

<sup>834</sup> FONSECA, 2009, p. 453.

Olvidá-las importaria em esvaziar a possibilidade de êxito do próprio instituto, porque “sem o fornecimento de matéria-prima ou de produtos para a revenda, ficaria inviabilizado o próprio exercício da empresa, pressuposto óbvio para sua recuperação. Outrossim, é razoável supor que a maioria das empresas precise contar com a injeção de novos recursos, normalmente obtidos no mercado de crédito, para se reestruturar financeiramente e superar a crise.”<sup>835</sup>

A reclassificação dos créditos constituídos após a distribuição da ação de recuperação judicial deve-se à importância deles para a criação das condições necessárias para os próprios objetivos da recuperação judicial,<sup>836</sup> em especial para a recuperação do devedor e a preservação da empresa, florescerem. E mesmo que o pedido venha a ser indeferido – em face da falta ou do insucesso do plano, por exemplo –, há de se reconhecer que os credores, ao concederem crédito para o empresário declaradamente em crise, deram decisiva colaboração para a tentativa de superação desta, assumindo riscos consideráveis, cuja atitude, ao menos em tese, poderia vir a favorecer todos os credores concursais, caso vingasse a recuperação judicial.

Ademais, a pesquisa denominada de “Fatores Condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresas no Brasil/2003-2005”, datada de agosto de 2007, e realizada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE – nos 27 Estados brasileiros, nos quais foram analisadas 5.727 (cinco mil e setecentos e vinte e sete) empresas, apontou, com 65%, a ausência de crédito como a principal reclamação dos empresários que fecharam as suas empresas.<sup>837</sup>

Assim, não incluir o benefício da extraconcursalidade aos créditos concedidos após a distribuição da ação impedirá a continuidade da grande maioria das empresas exercidas por devedores que ingressam com o pedido, porquanto é lugar comum, nos dias de hoje, que o ajuizamento de qualquer ação judicial na justiça comum, exceto quando de segredo de justiça se tratar, o que não é o caso, pode ser consultada via internet.

---

<sup>835</sup> FONSECA, 2009, p. 453-454.

<sup>836</sup> Sobre os objetivos da recuperação judicial, *vide* capítulo 2, item 2.3.

<sup>837</sup> Pesquisa, na íntegra, disponível em: [www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade\\_2003\\_2005.pdf](http://www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade_2003_2005.pdf) Acesso em: 04 jan. 2010.

A restrição ao crédito será uma consequência certa, em face do risco de falência atinente ao instituto da recuperação judicial. Logo, para viabilizar a própria continuidade do processo é essencial reduzir este risco, o que o legislador fez ao prever que a aplicação do art. 67, *caput*, da LFRE desde a distribuição da ação.

A argumentação teleológica pode assim ser sintetizada:

1. O objetivo da LFRE é o de recuperar o maior número possível de devedores.
2. O art. 67 oferece uma vantagem legal para quem contribuir com a recuperação.
3. A contribuição será ainda mais necessária após a revelação pública da crise.
4. O ajuizamento da ação importará em seu cadastramento e divulgação pela internet, mais precisamente pelo *site* do Tribunal Estadual.
5. Os credores A, B etc. que concederem crédito após o ajuizamento da ação terão contribuído de forma extraordinária para a preservação da empresa, em face do flagrante risco de a falência do devedor ser decretada.
6. Logo, A, B etc. têm direito ao privilégio legal (extraconcursalidade de seus créditos), independente de qualquer elemento fático ou especificidade do caso concreto.
8. A concordância dos credores ou qualquer pronunciamento judicial são irrelevantes, inclusive o despacho inicial (art. 52, LFRE), pois caso o juiz indefira o processamento da ação, terá de extingui-la sem julgamento do mérito, o que tornará inócua qualquer discussão acerca do concurso de credores. Isso porque a lei confere maior preponderância à eficácia do princípio da preservação da empresa, e no plano constitucional, ao princípio da dignidade da pessoa humana do devedor empresário, ou, se for o caso, dos sócios ou acionistas da sociedade devedora –, e, ainda, de todas as pessoas que dependem ou obtêm na atividade exercida pelo devedor as condições para viver e desenvolver-se. Assim, promover-se-ão, ainda, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do pleno emprego.

As severas transformações sócio-econômicas, acrescidas da novel percepção axiológica do direito, conduziram o legislador a introduzir um instituto voltado para a preservação de empresas exercidas por devedores em crise econômico-financeira ao invés de simplesmente legalizar a punição deste devedor com a decretação de sua quebra.<sup>838</sup> Para tanto, é obrigatório que seja facilitado ao devedor o acesso ao crédito, de imediato, pois do contrário

---

<sup>838</sup> CAMPINHO, 2006, prefácio.



a manutenção da atividade empresarial e os empregos daí decorrentes não poderão ser alcançados.

A intenção do legislador ao estatuir o art. 67, *caput*, da LFRE foi de conferir um prêmio aos credores que vierem a pactuar obrigações com o devedor declaradamente em crise econômico-financeira, garantindo-lhes, assim, preferência sobre todos os créditos concursais, inclusive de natureza trabalhista, e mesmo sobre créditos não sujeitos à recuperação, como os tributários, classificando-os como extraconcursais.<sup>839</sup>

A tentativa de recuperação, no mínimo, poderá representar um mal menor para os credores, que a pura e simples liquidação de seu parco lastro patrimonial.<sup>840</sup>

A ausência de qualquer incentivo firme e seguro para terceiros, que poderiam negociar com o devedor em crise, era um dos problemas da antiga concordata. A falta de crédito, mais uma vez, impossibilitaria a preservação da empresa, objetivo previsto no art. 47 da nova lei; para muitos o principal.

A prevalência dos argumentos acima permitirá que a norma jurídica contida no texto do art. 67, *caput* da LFRE, seja assim formulada: *Os créditos efetivamente concedidos ao devedor, quando advirem de obrigações originalmente pactuadas em data posterior a data da distribuição da ação de recuperação judicial, devem ser classificados como extraconcursais em caso de falência.*

### **3.3.2 Segunda hipótese: do despacho inicial**

Não obstante a relação processual ainda não estar completa, a relação entre o devedor e o juiz já estará formada com o despacho inicial. E este aspecto é muito relevante na recuperação judicial, tanto é que diversos e decisivos efeitos para a tentativa de o devedor reorganizar as suas obrigações e a própria atividade são por ele deflagrados.

---

<sup>839</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AI 70025116567. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. *DJ* 27 abr. 2009.

<sup>840</sup> OCHOA; WEINMANN, 2006, p. 63.

Portanto, o despacho inicial é a certificação de que todos os requisitos legais atinentes à legitimidade ativa *ad causam* foram corretamente atendidos. Tal situação, por si só, atende aos pressupostos processuais necessários para que ao devedor seja permitido pleitear novos créditos, oferecendo como garantia o benefício da extraconcursalidade a tais créditos, cujo tende a atender o interesse de todas as partes vinculadas ao processo, inclusive da coletividade dos credores, com destaque para aqueles que se encontram empregados pelo devedor.

Destarte, correto o entendimento de que o conteúdo do art. 67, *caput*, da LFRE constitui-se em uma garantia legal que deve ser passível de ser oferecida pelo devedor independente de qualquer ato, condição ou fato relacionado à concordância dos credores concursais; à viabilidade de recuperação do devedor; à existência de empresa ativa, de empregos ou de benefícios sociais; à gestão; ao custo do crédito; às intenções do devedor ou sócios e administradores da sociedade devedora.

Todavia, é imprescindível a existência do despacho inicial, porque se trata de um ato portador de segurança jurídica também para as pessoas que vierem a conceder crédito para o devedor, e este aspecto torna-se muito importante, pois assegura aqueles que a recuperação será concedida ou a falência será decretada, exceto no caso de as certidões negativas fiscais, ou positivas com efeitos de negativas, não serem apresentadas, quando a ação, possivelmente, será extinta em face da ausência de previsão diversa na LFRE, e da aplicação do princípio da preservação da empresa.

Embora não tenha constado, por uma imprecisão técnica, a expressão “durante todo o processamento da recuperação judicial” no *caput* do art. 67, enfatizando assim que o direito surge com o despacho inicial, é certo que a ausência da palavra *processamento* não reduz o alcance do texto, o qual abrange o período de tramitação do processo desde a data que defere o processamento do pedido (art. 52, LFRE).

O art. 52, IV, da LFRE, assegura que com o despacho inicial o juiz determinará que o devedor apresente suas contas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores. Daí ser inadequado se falar em restrição excessiva dos direitos dos credores. A extraconcursalidade dos créditos concedidos após o despacho inicial, em caso de falência, está submetida ao controle dos credores.

Para a aplicação do art. 67, *caput*, da LFRE, o devedor encontra-se em recuperação judicial após o despacho inicial, pois o art. 69, da LFRE, exige que o devedor acrescente ao seu nome a expressão “em recuperação judicial” quando sujeito ao “procedimento”, o que ocorre com o referido despacho.

O art. 73, inserido no Capítulo IV (*Da Convolação da Recuperação Judicial em Falência*) da LFRE, prevê os casos em que o juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial – inciso I (deliberação da assembleia-geral), inciso II (não apresentação do plano de recuperação) e inciso III (rejeição do plano) –, situações que só poderão ocorrer antes de o pedido ser concedido (art. 58), e após o despacho inicial, evidenciando que a recuperação judicial deve ser compreendida em sentido amplo, compreendendo o período de tramitação iniciado com o despacho inicial. Em outras palavras, seria impossível se falar em convolação da recuperação em falência se aquela ainda não existisse entre o período posterior ao despacho e anterior à decisão que a concede.

As renegociações acerca de obrigações contraídas pelo devedor devem ocorrer de forma discreta, para que não conturbe o seu crédito, pois a “publicidade o envolveria em atmosfera de descrédito, criando desconfiças, que lhe provocariam a falência.”<sup>841</sup> Quando a publicidade se torna pressuposto para a continuidade, algum benefício lhe deve ser alcançado para a conservação do acesso ao crédito.

O privilégio deve alcançar os débitos contraídos pelo devedor após o despacho inicial, que defere o processamento do pedido de recuperação judicial, porquanto é como efeito deste despacho que a situação de crise vivida pelo devedor tornar-se-á pública, em face da publicação do edital, o que dificultará, em muito, a conservação da atividade empresarial.

Não classificar como extraconcursais os créditos oriundos de negócios realizados após o despacho inicial impedirá o êxito da recuperação no que tange à manutenção da atividade empresarial de forma prematura, isto é, sem que seja dado tempo para o exame de sua viabilidade econômico-financeira. Por tais razões é que se afirma ser perfeito o entendimento proferido pelo TJRS:<sup>842</sup>

---

<sup>841</sup> FERREIRA, 1966, p. 246.

<sup>842</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cívica. AI 70025116567. Relatora: Des. Liege Puricelli Pires. DJ 27 abr. 2009.

A polêmica reside em se saber se o benefício instituído no dispositivo alcança apenas aos débitos contraídos durante o cumprimento da recuperação judicial concedida (art. 58), ou se também abarca as transações havidas pela empresa autora após o deferimento do processamento do pedido de recuperação (art. 52).

[...]

A intenção do legislador ao estatuir a regra do art. 67 da lei nº 11.101/05 é inequívoca: aos estabelecer verdadeiro privilégio de pagamento aos créditos de fornecedores que realizam operações comerciais com a empresa em recuperação, preferindo-os, inclusive, aos de natureza trabalhista, posto classificá-los a Lei como extraconcursais, criou o legislador garantia especial de pagamento que evitasse a negativa daqueles em manter relações comerciais com a empresa em recuperação, ou que aumentassem o custo das operações como forma de resguardar margem de risco de eventual inadimplência, dada a notória crise econômica vivenciada por sociedades que requerem a concessão do benefício.

Partindo desse pressuposto, é evidente que o benefício deve alcançar os débitos contraídos pela empresa após o processamento do pedido de recuperação judicial, pois este o momento em que a situação de crise da empresa vem ao conhecimento público. [...] Evidente que, neste caso, tornada pública a intenção da empresa em ver concedido o benefício, e conseqüentemente a dificuldade econômica por ela enfrentada, a proteção pretendida pela Lei à viabilidade de sua reestruturação já se mostra imperativa desde o processamento do pedido recuperatório. Essa a interpretação que mais se mostra adequada ao princípio da preservação da empresa, norteador da novel legislação, estando inclusive positivada no art. 47 da lei nº 11.101/05.<sup>843</sup>

O Revisor, Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, ainda anotou: “a meu ver, o despacho que concede o processamento do pedido de recuperação judicial gera sim os efeitos previstos aos credores dispostos no art. 67 da Lei nº 11.101/2005”.<sup>844</sup>

Ademais, o art. 5º do Decreto-Lei n. 4.707, de 1942, estabelece que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Os fins sociais, no caso em tela, exigem que ao devedor seja concedido o direito de constituir créditos extraconcursais desde a data do despacho inicial.<sup>845</sup>

A argumentação teleológica pode assim ser sintetizada:

1. O objetivo da LFRE é o de recuperar o maior número possível de devedores.
2. O art. 67 oferece uma vantagem legal para quem contribuir com a recuperação.
3. A contribuição será ainda mais necessária após a revelação pública da crise.

<sup>843</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. AI 70025116567. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. *DJ* 27 abr. 2009.

<sup>844</sup> O Vogal, Desembargador Artur Arnildo Ludwig, limitou-se em acompanhar o voto da Desa. Relá.

<sup>845</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 4.707, de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2012.

4. O conhecimento se dá com a publicação do edital (citação dos credores).

5. O edital decorre do despacho inicial.

6. Os credores A, B etc. que concederem crédito após o despacho inicial terão contribuído de forma extraordinária para a preservação da empresa, em face do flagrante risco de a falência do devedor ser decretada.

7. Logo, A, B etc. têm direito ao privilégio legal (extraconcursalidade de seus créditos), independente de qualquer elemento fático ou especificidade do caso concreto, inclusive quanto ao conteúdo do plano de recuperação.

8. A concordância dos credores ou qualquer pronunciamento judicial são irrelevantes, porque se trata de um efeito deflagrado pelo despacho inicial (art. 52, LFRE), que poderá ser interrompido pela não aprovação do plano. Ademais, deve ser privilegiada a eficácia do princípio da preservação da empresa e da celeridade. No plano constitucional, a preponderância é para o princípio da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do pleno emprego.

A prevalência dos argumentos acima permitirá que a norma jurídica contida no texto do art. 67, *caput* da LFRE, seja assim formulada: *Os créditos efetivamente concedidos ao devedor, quando advirem de obrigações originalmente pactuadas em data posterior à data do despacho inicial que defere o processamento da ação (art. 52 da LFRE), devem ser classificados como extraconcursais em caso de falência.*

### 3.3.3 Terceira hipótese: da aprovação tácita do plano

A recuperação judicial é um instituto de natureza econômico-processual, portanto, relacionada sempre estará a um processo judicial, cuja citação, conforme posto atualmente, será determinada no despacho inicial (art. 52, LFRE), e ocorrerá com a publicação do edital (art. 52, §1º, I, II, III, LFRE). Caso não se atenda todos os pressupostos legais, a citação será nula, invalidando todo o processo.<sup>846</sup>

---

<sup>846</sup> Cf. Marinoni e Arenhart: “a citação realizada fora dos parâmetros fixados em lei é nula, invalidando, ademais, o processo como um todo. [...] Com efeito, declarada nula a citação, não se operou o principal efeito do instituto, que é a convocação do réu para o processo. Sem isto, não há meio de realizar-se a garantia constitucional do contraditório, razão por que o processo que se seguirá sem essa providência ofenderá princípio basilar do direito processual.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130).

Independente de o exame formal dos requisitos exigidos do devedor para ajuizar a ação de recuperação judicial anteceder o despacho inicial, é certo que a relação processual em sua integralidade reclama a citação válida dos demandados. Atenta-se para os esclarecimentos de Nery Júnior:

2. Pressuposto processual de existência.

Muito embora com o despacho da petição inicial já exista relação angular entre autor e juiz, para que seja instaurada, de forma completa, a relação jurídica processual é necessária a realização da citação. Portanto, a citação é pressuposto de existência da relação processual, assim considerada em sua totalidade (autor, réu, juiz). Sem a citação não existe processo (Liebman, Est., 179). Em suma, pressuposto de existência da relação processual: citação.<sup>847</sup>

A citação inicial – ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender (art. 213, CPC) – é imprescindível para a validade de qualquer processo judicial, conforme estabelecido pelo art. 214 do CPC: “Para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu.” A relação processual – autor, réu e juiz – completa-se com a citação dos demandados.<sup>848</sup> Nas palavras de Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart:<sup>849</sup>

[...] tão significativa é a função da citação que boa parte da doutrina a considera como requisito de *existência* da relação processual, defendendo a idéia de que, inexistindo a citação, não há processo, inviabilizando-se a atuação da função jurisdicional e, conseqüentemente, negando-se a autoridade de coisa julgada a decisão eventualmente proferida.<sup>850</sup>

E de Nery Júnior: “em suma: a realização da citação é pressuposto de existência e a citação válida é pressuposto de regularidade da relação processual. Em suma, pressuposto de validade da relação processual: citação válida”.<sup>851</sup>

O que se quer com a recuperação judicial é a modificação das relações jurídicas estabelecidas com outros entes personificados, alterando-se os moldes em que foram constituídas para uma nova formatação, condizente com o estado de recuperação judicial. Para modificar-se a relação jurídica é necessário, por óbvio, que a parte que será atingida concorde.

<sup>847</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 553.

<sup>848</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 93.

<sup>849</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 134.

<sup>850</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>851</sup> NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 553.

A viabilidade de se manter a empresa exercida pelo devedor é condição fática essencial para a concessão do pedido de recuperação judicial. A inviabilidade, consubstanciada na rejeição do plano pelos credores – além dos limites legais dentro dos quais ao juiz é facultado conceder o pedido –, implicará a falência do devedor (art. 56, §4º, LFRE). O direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa, acrescido do princípio da participação ativa dos credores na recuperação judicial, constituem-se em barreiras que impedem o devedor de comprometer os seus ativos com novas obrigações sem que, no mínimo, os credores com tal medida concordem, mesmo que tacitamente.

O princípio da participação ativa dos credores e da preservação e efetividade dos créditos terão a sua eficácia observada sempre que os credores concordarem, de forma tácita ou expressa, com o plano de recuperação, o que, de modo algum, pode ser compreendido como uma restrição excessiva do princípio da preservação da empresa, cuja promoção, justamente, é que justifica a existência daqueles princípios. A conjugação de princípios conflitantes deverá ser harmonizada de forma que o princípio da eficiência econômico-jurídica seja materializado da melhor forma possível.

A compreensão sistêmica da recuperação judicial está conectada ao entendimento de seus elementos essenciais e seu conceito. A recuperação judicial é um processo judicial *sui generis*, formal e materialmente estruturado, que, iniciado com o ajuizamento da ação, importará, quando preenchidas todas as condições exigidas pela lei, na concessão pelo juiz de uma nova e planejada oportunidade para o devedor adimplir as suas *obrigações* sem inviabilizar a preservação da *empresa* por ele exercida, e, assim, recuperar-se da *crise econômico-financeira* em que se encontra, sob pena de ter a sua falência decretada.<sup>852</sup>

A interpretação sistemática de qualquer dispositivo deve considerar as conexões entre os direitos dos credores, do devedor e a atividade empresarial, dentro da dimensão privada e coletiva, as quais ocorrem simultaneamente. E isso não ocorre com os argumentos vinculados à primeira e à segunda hipótese.

O Estado prometeu a tutela jurídica através do processo. Para tanto, incluiu como direito fundamental a não exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou

---

<sup>852</sup> Sobre os elementos essenciais, a natureza jurídica e o conceito de recuperação judicial, *vide* capítulo 2, item 2.2.

ameaça a direito – art. 5º, XXXV, da CF.<sup>853</sup> A constituição de créditos extraconcursais altera a possibilidade de os créditos concursais serem adimplidos de forma definitiva. Permitir que isso ocorra sem que o Estado-juiz ou os credores tenham a oportunidade de se manifestar violaria o direito fundamental retro referido.

As contas mensais elaboradas, mensal unilateralmente pelo devedor, são importantes, inclusive como eventual prova da inviabilidade de o devedor recuperar-se. Jamais terão o condão, por si só, de autorizar o devedor a firmar obrigações que alterem a efetividade de direitos pertencentes a terceiros, ainda mais sem ouvi-los em juízo.

Os efeitos inerentes à distribuição do pedido e ao despacho inicial estão expressamente previstos na LFRE, e nenhum deles tem o condão de alterar a efetividade, de modo permanente, das relações obrigacionais existentes entre o devedor e os credores. Permitir que o devedor altere unilateralmente a efetividade da eficácia do direito material dos credores concursais, comprometendo livre e novamente o seu patrimônio, violaria de modo frontal, em nível constitucional, o princípio da segurança jurídica (ato jurídico perfeito; vinculação à lei; contraditório; acesso ao judiciário e a ampla defesa) e o princípio da propriedade privada.

A interpretação sistemática do art. 67, *caput*, da LFRE, deve ser aprofundada para que as conexões normativas possam ser examinadas:

1. A eficácia do princípio da satisfação dos interesses dos devedores é fortemente restringida pelo art. 6º, que se refere às ações e execuções. Autorizar que o devedor restrinja, sem qualquer espécie de anuência ou defesa pelos credores, tal princípio de forma definitiva, esvaziando os ativos destinados aos credores concursais ampliaria a eficácia do princípio da preservação da empresa a ponto de impedir o adimplemento das obrigações que se pretendia, com a manutenção da empresa, adimplir.

2. O §1º do art. 50 exige, para supressão ou substituição da garantia a aprovação expressa do credor titular, assim, é impensável que o devedor possa fazer uso, na prática, de todos os seus bens mediante a constituição de créditos extraconcursais a seu livre arbítrio, cuja

---

<sup>853</sup> Art. 5º, XXXV, da CRFB: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”



efetiva eficácia será automaticamente deflagrada pela decretação da falência, que poderá ocorrer por livre e espontânea vontade do próprio devedor.

3. O art. 56, §4º, condiciona a desistência do pedido de recuperação judicial, após o deferimento de seu processamento, à aprovação pela assembleia geral de credores. E o artigo 59, §2º, vincula os credores apenas ao plano de recuperação, em hipótese alguma, às decisões unilaterais do devedor, tomadas após o despacho de processamento, sem qualquer possibilidade de os credores se manifestarem, tampouco sem qualquer análise do caso pelo Estado-juiz. Como, então, poderiam os credores ser obrigados a aceitar que o devedor, de modo unilateral e sem qualquer restrição, possa prometer a outros credores os bens destinados para pagamento dos credores concursais em caso de falência?

4. O art. 66 proíbe o devedor de, após a distribuição do pedido, alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo aqueles previstos no plano. Desta forma, contradição plena com a referida norma terá a interpretação que o credor pode contrair créditos extraconcursais após o despacho inicial, por que: (i) inexistente plano; (ii) na prática importaria no esvaziamento do patrimônio que deve garantir o pagamento dos créditos concursais.

5. O art. 129, da LFRE, prevê que “são ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores” uma série de atos jurídicos (incisos I a VII), podendo o juiz *ex officio* declarar a sua ineficácia, conforme posto no parágrafo único. O art. 131, contudo, estabelece que nenhum dos atos relacionados à recuperação judicial (I a III e VI do art. 129) será declarado ineficaz ou revogado quando “tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial”. *Id est*, o ato atinente ao patrimônio do devedor somente adquire eficácia e validade com relação à falência quando especificado no plano de recuperação aprovado pelos credores.

6. Os créditos fiscais não estão sujeitos aos efeitos da recuperação. O devedor terá de apresentar certidões negativas ou positivas com efeitos de negativa para que o juiz conceda o pedido. Mesmo após a concessão do pedido, ou seja, durante a execução do plano, o inadimplemento das obrigações fiscais poderá importar na decretação da falência (art. 73,

parágrafo único, LFRE). Destarte, parece evidente que os créditos fiscais não poderão ter a sua efetividade completamente esvaziada com a constituição de créditos extraconcursais exclusivamente pelo devedor, sem que sequer um plano tenha sido apresentado, que dirá aprovado.

A realização de qualquer objetivo requer a análise dos fatores que o promovem e daqueles que o afastam. Com a recuperação, mais de um objetivo é almejado, não obstante os recursos serem escassos.<sup>854</sup>

Perseguir a recuperação do devedor, a preservação da empresa ou a viabilidade do processo sem qualquer critério e sem a análise sequer da viabilidade do devedor tende a fazer com que nenhum dos objetivos do instituto seja alcançado. Pois se ignora a conexão entre os diversos objetivos. Por exemplo, olvida-se que, em alguns casos, quanto mais tempo o devedor mantiver a atividade empresarial deficitária, menor será a possibilidade de as obrigações serem cumpridas, inclusive as trabalhistas e as fiscais (benefícios sociais nítidos), e menor o estímulo para a economia, os quais também se constituem em objetivos do instituto da recuperação.

A assertiva de que a tentativa de recuperação, no mínimo, poderá representar um mal menor para os credores, que a liquidação de seu lastro patrimonial,<sup>855</sup> parece ser um argumento irrefutável. Ocorre que não é verdadeiro. Há, e sempre haverá, casos, se não a maioria deles, em que quanto mais cedo a empresa, por ser inviável, for encerrada, maior será, por exemplo, a capacidade de adimplemento das obrigações, inclusive as de natureza trabalhista e fiscais; o estímulo à atividade econômica; e, ainda, mais eficiente será a própria recuperação do devedor quanto ao restabelecimento de sua capacidade para exercer novas atividades empresariais e à extinção de suas obrigações, por meio de um processo de falência célere (art. 75, parágrafo único, da LFRE), *ut* artigos 102, 157, 158, incisos I a IV, e 159, da citada Lei.

Itera-se: consumir o patrimônio, mormente sem critérios, significa aumentar o inadimplemento, isto é, negar vigência do direito das obrigações e das coisas, porquanto a

---

<sup>854</sup> Sobre os objetivos múltiplos da recuperação (imediatos e mediatos), *vide* capítulo 2, item 2.3.2.

<sup>855</sup> OCHOA; WEINMANN, 2006, p. 63.

obrigação dirige-se ao ato que a satisfaça,<sup>856</sup> e a garantia hipotecária é um negócio de direito das coisas.<sup>857</sup>

A argumentação teleológica pode assim ser sintetizada:

1. O objetivo da LFRE é o de recuperar o maior número possível de devedores recuperáveis (objetivo *meio*), para que, desta forma, se consiga adimplir as suas obrigações (objetivo *fim*), mantendo o exercício da empresa.

2. O art. 67, *caput*, oferece uma vantagem legal para quem contribuir com crédito para os objetivos da recuperação.

3. A contribuição, por meio da concessão de crédito, será ainda mais necessária para a consecução do plano de recuperação, cujas obrigações devem ser integralmente adimplidas nos 2 anos seguintes à concessão do pedido, sob pena de a falência do devedor ser decretada.

4. O plano deve ser aprovado pelo devedor e, *ex lege*, pelos credores.

5. A posição dos credores só poderá ser obtida após a citação, e havendo qualquer objeção, na assembleia-geral. A aprovação do plano já justifica o benefício estabelecido no art. 67, *caput*, da LFRE.

6. Os credores A, B etc. que concederem crédito para a execução do plano e a realização dos negócios atinentes ao curso regular da atividade terão contribuído de forma extraordinária para a concretização de todos os interesses, inclusive dos devedores concursais, em face do flagrante risco de a falência do devedor ser decretada.

7. Logo, A, B etc. têm direito ao privilégio legal (extraconcursalidade de seus créditos), quando as obrigações contraídas estiverem previstas no plano que restou aprovado ou forem pertinentes ao curso normal dos negócios, portanto, em sintonia com as especificidades do caso concreto.

8. A concordância dos credores é imprescindível para a alteração da efetividade do direito fundamental à propriedade que protege os créditos concursais. Ademais, os objetivos da recuperação devem ser almejados também com a promoção do princípio da cooperação; da segurança jurídica; da participação ativa dos credores; da maximização dos ativos; da proibição do enriquecimento sem causa e da transparência.

---

<sup>856</sup> COUTO E SILVA, 1976, p. 67.

<sup>857</sup> *Ibid.*, p. 57.

Nem a distribuição da ação, nem o despacho inicial podem se constituírem em um prêmio para o devedor ineficiente. A interferência demasiada em ambientes fundados nos princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, como ocorre no Brasil, gera muito mais prejuízos à sociedade do que benefícios, não obstante os eventuais ganhos sociais que aparentemente são gerados em um ou outro caso concreto.

A convergência de vontades e esforços é vital para a superação da crise econômico-financeira do devedor dentro de um mercado complexo, competitivo e impaciente. E a legalização do uso de recursos alheios para a obtenção de crédito não contribui para a unificação dessa convergência, pois apenas reduz a segurança e a estabilidade das relações entre os interessados, o que, como visto, dificulta e encarece a troca de recursos.

A mesma pesquisa antes citada, denominada de “Fatores Condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresas no Brasil/2003-2005”, indicou que o que é realmente importante para a conservação das empresas são as condições do mercado e a preparação dos empresários. Ao mesmo tempo em que o percentual de empresas que foram mantidas por pelo menos dois anos passou de 51% em 2002 para 78% em 2005, o percentual de empresários preocupados com o planejamento da empresa passou para 71% em 2005, contra 24% em 2000/2002; com a organização empresarial, 54% contra 17%; com marketing e vendas, 47% contra 7%; com análise financeira, 36% contra 7%; e com relações humanas, 38% contra 3%.<sup>858</sup>

Portanto, antes de falar em créditos, será muito mais eficiente se falar em planejamento, gestão, capacidade empreendedora e estudo de viabilidade. Ignorar esses dados fará com que nenhum dos objetivos da recuperação judicial seja concretizado. E pior, restringir-se-ão bens jurídicos fundamentais sem qualquer justificativa ou benefício.

A prevalência dos argumentos acima permitirá que a norma jurídica contida no texto do art. 67, *caput* da LFRE, seja assim formulada: *Os créditos efetivamente concedidos ao devedor, quando advirem de obrigações previstas no plano, ou pertinentes ao curso regular da atividade, e terem sido originalmente pactuadas em data posterior à data em que o plano*

---

<sup>858</sup> Pesquisa, na íntegra, disponível em: [www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade\\_2003\\_2005.pdf](http://www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade_2003_2005.pdf) Acesso em: 04 jan. 2010.

*de recuperação restar tacitamente aprovado por todos os credores (art. 55 c/c art. 58, caput, da LFRE), devem ser classificados como extraconcursais em caso de falência.*

### **3.3.4 Quarta hipótese: da aprovação do plano pela Assembleia-geral**

Todos os argumentos mencionados em prol da terceira hipótese aqui também se aplicam, pois tanto lá, quanto aqui, os credores aprovaram o plano de recuperação. Repeti-los importaria em tautologia.

No entanto, cabe assinalar que a aprovação do plano, aqui referida, é aquela prevista no art. 45, §§1º, 2º, realizada pela Assembleia-geral de credores. A aprovação do plano pelos credores é condição para o juiz conceder o pedido. A sua ocorrência, *ut* art. 55 ou art. 45, §§1º, 2º, *c/c* art. 58, *caput*, da LFRE, acaba por vincular o juiz ao conteúdo do plano e à obrigatoriedade de conceder o pedido, se todos os demais requisitos legais estiverem preenchidos.<sup>859</sup>

Manter a fonte produtora? Manter os empregos dos trabalhadores? E se o devedor não mais tem fonte produtora? E se todos os prestadores de serviço são terceirizados? São fatos que somente serão avaliados pelos credores e pelo Estado-juiz após a apresentação do plano e análise dos documentos juntados aos autos.

A classificação de créditos como extraconcursais estará diretamente ligada ao caso concreto, no qual deverão ser examinados diversos aspectos, tais como: a real viabilidade de o devedor permanecer exercendo a empresa; a exequibilidade técnica e fática do plano; os fatores geradores da crise; as ameaças e os pontos fortes atinentes à empresa; a cadeia de fornecedores; o quadro de funcionários; o perfil dos sócios e dos administradores. Restringir as normas jurídicas que protegem os bens dos credores de forma indiscriminada seria inadmissível em um Estado de Direito.

A hipótese em tela decorre do fato de qualquer credor ter exercido o seu direito de impugnar o plano de recuperação apresentado pelo devedor. Assim, o modo posto na LFRE para se superar o conflito é com a ampliação do contraditório e da ampla defesa, em sede de

---

<sup>859</sup> Sobre a concordância dos credores com o plano de recuperação, *vide* capítulo 2, item 2.5.2.

assembleia-geral, a ser realizada no prazo fixado em lei, por força dos princípios da cooperação, da segurança jurídica, da participação ativa dos credores, da igualdade entre os credores, da proibição de enriquecimento sem causa e da celeridade e transparência.<sup>860</sup>

A prevalência dos argumentos acima permitirá que a norma jurídica contida no texto do art. 67, *caput* da LFRE, seja assim formulada: *Os créditos efetivamente concedidos ao devedor, quando advirem de obrigações previstas no plano, ou pertinentes ao curso regular da atividade, e terem sido originalmente pactuadas em data posterior à data em que a assembleia-geral de credores tiver aprovado o plano de recuperação nos termos previstos no art. 45, §§1º, 2º c/c art. 58, caput, da LFRE, devem ser classificados como extraconcursais em caso de falência.*

### **3.3.5 Quinta hipótese: da decisão que concede o pedido**

Não obstante a aprovação do plano pelos credores, tacitamente ou pela assembleia – dentro dos limites legais –, ser condição para o juiz conceder a recuperação, a expressão “durante a recuperação judicial” no caso do art. 67, *caput*, da LFRE refere-se ao aspecto material do instituto, e não ao processual. Isso é importante observar.

Não se pode confundir a ação de recuperação judicial cujo pedido foi deferido (art. 58), constituindo-se assim o estado de recuperação judicial, com a ação cujo pedido foi indeferido. Na primeira situação, o estado de recuperação, em caso de inadimplemento do devedor, será convolado em falência; no segundo, havia a pretensão, perseguida por meio do processo, que negada, importará na convolação do processo de recuperação em falência, ou, ainda, apenas existirá a falência. Por isso que todo e qualquer efeito restritivo deflagrado pelo despacho inicial sobre a eficácia dos direitos dos credores deve ser reversível. O conteúdo das obrigações só poderá ser alterado com a participação das partes a elas diretamente vinculadas. Mesmo com a aprovação do plano, a novação das obrigações permanece sob condição resolutiva por dois anos.

A distinção acima é muito importante, porquanto na primeira é lícito que os efeitos das obrigações contraídas no estado de recuperação, em consonância com o plano, sejam

---

<sup>860</sup> Sobre o conteúdo e a eficácia dos princípios citados, *vide* capítulo 1, itens 1.2.1.2; 1.2.2.1; 1.2.3.2 e 1.2.3.3.

respeitados na falência; enquanto na segunda, todas as obrigações – anteriores ao ajuizamento da ação ou contraídas antes da data que defere o pedido – devem ser inseridas qualificadas como créditos concursais. Neste diapasão, o art. 74 da LFRE adverte que a transformação da recuperação (concedida) em falência não retira a natureza extraconcursal dos negócios jurídicos realizados durante aquele período.

A LFRE possui enunciados normativos que se destinam a reger o trâmite do processo de recuperação, assim como, há enunciados que visam disciplinar o conteúdo material inerente à constituição de um novo estado fático-jurídico para o devedor no que tange às suas obrigações. Recordar-se: a existência de obrigações e a incapacidade de o devedor satisfazê-las são as razões imediatas que justificam o ajuizamento da ação e caracterizam a crise econômico-financeira.

Mais: a natureza do plano não se confunde com a natureza da recuperação judicial, está é de cunho econômico-judicial, e só se materializa por meio de um processo, cujas decisões e seus efeitos estão previstos na LFRE. Ainda, pode o devedor, ao menos em tese, obter a aprovação dos credores e desistir da pretensão antes que o juiz a conceda, mas depois de já ter contraído obrigações de caráter duvidoso ou obscuro, como, por exemplo, excessivamente desvantajosas ou destinadas a adimplir alguns débitos específicos, alegando se tratar, caso venha a ser questionado, de negócios inerentes ao curso regular dos negócios.

A recuperação judicial, em sua dimensão material, na qual latente está a possibilidade de se obter uma decisão transitada em julgado, inicia-se com a decisão que concede o pedido, e acarreta a novação, mesmo que sob condição resolutiva, do conteúdo das obrigações.<sup>861</sup> Destarte, a decisão que defere o pedido (art. 58, LFRE) é condição obrigatória para a aplicação do art. 67, *caput*, da LFRE. Reiteram-se as observações explicitadas no Parecer da CAE: na recuperação judicial, o art. 57 parece misturar os conceitos de deferimento do processamento da recuperação judicial e de concessão da recuperação judicial [...].<sup>862</sup>

Os atos do devedor realizados durante o período de processamento da ação de recuperação não são atos pertinentes ao estado de recuperação. Para que possam ser

---

<sup>861</sup> Sobre a natureza da decisão que concede o pedido de recuperação e seus efeitos legais, *vide* capítulo 2, item 2.5.3.

<sup>862</sup> BRASIL. Senado Federal, 2003.

compreendidos como realizados durante o estado de recuperação judicial é necessário, logicamente, a constituição de tal estado, que ocorre com a decisão concessiva do pedido sob condição resolutiva.

Afirmar que o legislador foi impreciso ao não incluir a palavra “processamento” no art. 67, *caput*, como caprichosamente pôs em tantos outros dispositivos da mesma Lei – a título de exemplo, parágrafo único do art. 67: “após o pedido de recuperação judicial”; art. 6º: “o deferimento do processamento da recuperação judicial”; art. 73: “durante o processo de recuperação judicial” –, não retira daquele que faz tal presunção o ônus de prová-la.

A expressão *durante a recuperação*, sem qualquer menção à palavra *processo* ou *processamento*, consta em dois dispositivos muito próximos, sobretudo sob o aspecto material, do art. 67, *caput*, da LFRE. No art. 67, parágrafo único, consta que o limite dos créditos sujeitos à reclassificação, como *privilégio geral*, é o valor fornecido após o *período da recuperação*, e não após o pedido. O art. 74 dispõe que somente se presumem válidos, em caso de “convolação da recuperação em falência”, os atos de endividamento, oneração ou alienação, praticados *durante a recuperação*. Posto que todos os atos presumem-se válidos, o legislador enfatizou que apenas aqueles posteriores à concessão do pedido não serão atingidos pelos efeitos do art. 129 e 131 da LFRE.

Ademais, deve-se anotar que a expressão “durante” exige que algo tenha efetivamente iniciado, e esse algo, em se tratando de direito imediatamente material, só poderá ser a decisão que defere o pedido. Em outros termos: “durante a recuperação judicial” não significa o mesmo que “durante o processamento do pedido de recuperação judicial”. Enquanto a primeira está relacionada à decisão prevista no art. 58 da LFRE, a segunda refere-se ao despacho inicial. Ambas são inconfundíveis.

Ante o exposto, pode-se afirmar que a expressão *durante a recuperação* significa o período iniciado com a decisão que concede o pedido de recuperação formulado pelo devedor.

Ao se priorizar o princípio da preservação da empresa na interpretação de uma regra que, de um lado, proíbe o credor, e, de outro lado, permite ou autoriza o devedor, estar-se-ia, impondo o ônus da prova aos credores, invertendo a lógica do art. 333, do CPC. Ou seja, para



exigir a obrigação o credor teria de provar não o fato constitutivo de seu direito, mas sim que os atos e fatos praticados pelo devedor, em outros negócios com terceiros, realizados após o nascimento das obrigações e que impossibilitam o seu adimplemento, seriam ilícitos, para, então, poder exigi-las.

De qualquer forma, adequado o exame de outros dispositivos conectados com o art. 67, *caput*, da LFRE, pois somente desta forma também se poderá falar em argumentação sistemática:

1. O art. 50, *caput*, afirma que os seus incisos são, exemplificativamente, os “*meios de recuperação judicial*”, portanto, a recuperação judicial somente ocorrerá a partir do momento em que os meios aprovados pelos credores ou pela Assembleia-geral começarem a ser implantados, antes disso não é razoável se falar em recuperação judicial.

2. O art. 61 dispõe: “proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial”, ou seja, o devedor só estará em recuperação, e nela permanecerá, durante dois anos, após a concessão do pedido pelo juiz (art. 58). O art. 63 prevê que o término da recuperação será decretado por sentença, após os dois anos da sua concessão e não do despacho inicial.<sup>863</sup> Dos dispositivos depreende-se: a) o momento em que o estado de recuperação judicial começa a existir; b) o alcance e sentido da expressão “durante a recuperação”; c) como se dá o término do estado de recuperação.

Atenção: quatro importantes artigos da LFRE estabelecem que o devedor permanecerá dois anos em estado de recuperação, cuja contagem se inicia na data em que o pedido foi concedido ao devedor. Alterar o alcance da expressão “durante a recuperação” para que se outorgue ao devedor o privilégio de utilizar os seus ativos, comprometidos com os credores concursais, para garantir créditos extraconcursais fora do período iniciado com a concessão do pedido, importaria em ignorar os atos judiciais previstos na LFRE e os prazos atinentes a

---

<sup>863</sup> Sobre o término da recuperação, em ambos os aspectos (processuais e materiais), *vide* capítulo 2, item 2.5.4.

eles.<sup>864</sup> Por conseguinte, em uma maior restrição do princípio da satisfação dos interesses dos credores, e, obviamente, na alteração da lei pelo Estado-juiz.

3. A palavra “convolação” contida no art. 73, da LFRE, é adequada para os casos em que há uma decisão concedendo a recuperação e esta venha a se tornar insustentável, como, por exemplo, no caso de o devedor descumprir o plano aprovado pelos credores. Na hipótese em que não tenha sido concedido o pedido, haverá apenas a falência ou, então, a convolação do processo de recuperação (anterior) em processo de falência, já se iniciando com a constituição do estado falimentar.

4. O art. 180 dispõe que a “sentença” que concede a recuperação judicial “é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.” Deste modo, se é inimputável ao devedor qualquer crime sem que a decisão do art. 58 seja proferida, não seria admissível que o devedor pudesse dispor de seu patrimônio como bem lhe convir sem que antes lhe seja concedido o pedido.<sup>865</sup>

5. A constituição de gravames e a alienação dos bens do ativo permanente do devedor são atos que apenas poderão ser realizados se constarem no plano de recuperação (art. 66), e caso se revele apropriado praticá-los após a aprovação do plano, é imprescindível que o Estado-juiz, após ouvir os credores, ou o comitê, se houver, autorize tal ato. Tais atos, assim como qualquer outro que tenha reflexo sobre a eficácia e efetividade dos direitos dos credores – por exemplo, a constituição de créditos extraconcursais, *ut* art. 67, *caput*, da LFRE – estão sempre condicionados à concordância dos credores e ao deferimento judicial.

É lugar-comum mencionar que a insolvência nunca é um evento brusco e repentino, mas paulatino. Sua característica é a diminuição gradativa do ativo e o crescimento progressivo do passivo. A situação econômico-financeira dos agentes atuantes no mercado é rotineiramente acompanhada por todos que com que eles mantêm ou poderão vir a manter relações comerciais. Portanto, imaginar que a publicidade acerca da crise só será de conhecimento dos interessados com o ajuizamento da ação ou com o despacho inicial

---

<sup>864</sup> Sobre a estrutura dos prazos e a importância de o juiz observá-los, *vide* capítulo 2, item 2.4.1.

<sup>865</sup> Sobre a decisão que concede o pedido de recuperação ser um pressuposto para a punibilidade, *vide* capítulo 2, item 2.5.3.

importaria em negar a existência daquele lugar-comum, bem como, as medidas adotadas no cotidiano pelos empresários, administradores e comitês de concessão de crédito.

O mínimo que se espera de um plano de recuperação judicial é que, conservando a empresa em atividade, o devedor assegure aos credores o pagamento de valores equivalentes aos que receberiam em caso de falência. Tal mínimo só será garantido se qualquer alteração acerca da efetividade da eficácia dos direitos dos credores for condicionada à implantação do plano.

A interpretação dos dispositivos legais em favor do devedor viola o próprio princípio da preservação da empresa, invocado para sustentá-la, quando as condições criadas para lhe dar o fôlego apropriado para reorganizar-se e manter as suas atividades até a realização da assembleia-geral de credores ao invés de apenas neutralizar, ou congelar, a efetividade da eficácia dos direitos dos credores acaba por restringi-la de modo excessivo, tolhendo, de modo irreversível, o efeito prático (concreto; de fato) almejado quando de sua constituição. Em outras palavras, as restrições impostas aos direitos dos credores devem ser reversíveis, além de serem passíveis de contraditório e de exame judicial.

Acrescenta-se que a análise econômica do sentido e alcance do art. 67, *caput*, da LFRE permite concluir que promove com maior eficiência econômico-jurídica o conjunto de objetivos do instituto, inclusive aqueles imediatamente sociais – manutenção da fonte produtora; dos empregos; e estímulo à economia –, o entendimento de que são extraconcursais os créditos constituídos após a decisão que defere o pedido formulado na petição inicial (art. 58, LFRE), porquanto, de um lado, aumenta a segurança jurídica e a transparência, e, de outro, reduz os custos de transação, a assimetria de informações e a possibilidade de o princípio da proibição do enriquecimento ilícito ser violado.

Assim, parece certo que a tendência é o devedor utilizar o benefício legal em tela para, em obediência a natureza utilitarista e racional do sujeito de direito (empresário) ou dos sócios e administradores da pessoa jurídica, maximizar uma *função utilidade* em prol de suas próprias preferências e de seus objetivos. Não se espera que objetivos alheios façam com que as pessoas sejam tão eficazes quanto o são para a consecução de seus próprios interesses.<sup>866</sup>

---

<sup>866</sup> ANDRADE; ROSSETTI, 2009, p. 87.

Ademais, o art. 6º do Decreto-Lei n. 4.707, de 1942, estabelece que a lei respeitará o direito adquirido, enquanto o art. 6º, §2º, prevê: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”<sup>867</sup> De forma idêntica, prevê o art. 5º, XXXVI, da CF. A lei e a Constituição somente não restarão violados se a alteração da efetividade dos direitos adquiridos pelos credores for proibida sem a anuência dos credores e a permissão pelo Estado-juiz.

A constituição dos créditos se daria antes mesmo de se examinar a viabilidade de se concretizar qualquer um dos efeitos objetivados pela recuperação judicial. Restringe-se a eficácia dos direitos dos credores que mantiveram as atividades do devedor até o ajuizamento do pedido em nome de uma expectativa, que, se não restar confirmada, provavelmente tornará sem qualquer efeito os direitos de todos os credores concursais. Nem o objetivo imediato fim da recuperação (adimplemento das obrigações concursais), nem o seu objetivo imediato meio serão realizados, e os ativos do devedor serão consumidos por créditos extraconcursais no processo falimentar.

A argumentação teleológica pode assim ser sintetizada:

1. O objetivo da LFRE é o de recuperar o maior número possível de devedores recuperáveis (objetivo *meio*), para que, desta forma, se consiga adimplir as suas obrigações (objetivo *fim*), mantendo o exercício da empresa.

2. O art. 67, *caput*, oferece uma vantagem legal para quem contribuir com crédito para os objetivos da recuperação.

3. A contribuição, por meio da concessão de crédito, será ainda mais necessária para a consecução do plano de recuperação, cujas obrigações devem ser integralmente adimplidas nos 2 anos seguintes à concessão do pedido, sob pena de a falência do devedor ser decretada.

4. O plano deve ser aprovado pelo devedor e, *ex lege*, pelos credores.

5. A aprovação do plano pelos credores, seja de forma tácita (art. 55 c/c art. 58 *caput*), seja pela maioria, dentro dos limites que vinculam o próprio Estado-juiz (art. 45, §§ 1º, 2º), ou, ainda, nos termos fixados no art. 58, §1º, I, II, III, é apenas uma das condições para a

---

<sup>867</sup> BRASIL, 1942.

concessão do pedido pelo juiz, cuja decisão constitui o estado de recuperação e confere eficácia ao benefício estabelecido no art. 67, *caput*, da LFRE.

6. Os credores A, B etc. que concederem crédito para o devedor após a decisão que concede o pedido (art. 58, *caput*) terão contribuído de forma extraordinária para a concretização de todos os interesses, inclusive dos devedores concursais, em face do flagrante risco de a falência do devedor ser decretada.

7. Logo, A, B etc. têm direito ao privilégio legal (extraconcursalidade de seus créditos), quando as obrigações contraídas estiverem previstas no plano que restou aprovado ou forem pertinentes ao curso normal dos negócios, portanto, em sintonia com as especificidades do caso concreto.

8. A decisão que concede o pedido, mesmo sob condições resolutivas, é imprescindível para a alteração do conteúdo das obrigações, por força da aplicação do princípio da preservação da empresa, conjugado, especialmente, com os princípios da cooperação, da segurança jurídica, da preservação e efetividade dos créditos, da igualdade entre os credores e da proibição de enriquecimento ilícito.

Admitir-se que as obrigações contraídas durante o processamento da ação pudessem ser consideradas como créditos extraconcursais acabaria por restringir a eficácia do princípio da proibição de enriquecimento ilícito. Facilmente poderia qualquer devedor, ingressar com pedido de recuperação judicial, contrair diversas dívidas durante o trâmite do processo, e garantir a estes novos “credores” o recebimento de seus créditos em nítido detrimento dos credores concursais, mesmo daqueles titulares de créditos com garantias reais, de natureza trabalhista ou fiscal.

O Estado, ao autorizar que o devedor firme negócios que alteram a possibilidade de os seus débitos, firmados com terceiros, serem adimplidos, sem que estes sejam ouvidos, estará fomentando a assimetria de informações, o que apenas prejudica a atividade econômica e, mais precisamente, dificulta a recuperação do devedor.

A concretização do princípio da preservação das empresas na realidade não ocorrerá, uma vez que se estará transferindo os recursos de todos os credores, muitos deles sociedades empresárias e empresários, até então viáveis e atuantes, para o patrimônio do devedor, que poderia, a partir da distribuição de uma ação ou de um singelo despacho inicial restabelecer

toda a sua capacidade de endividamento. E tudo isso, sem qualquer controle ou anuência dos credores lesados ou do Estado-juiz.

Adverte-se, ainda, que o processo legislativo evidencia que a LFRE visa reduzir os *spreads* bancários na oferta de crédito – através da inserção dos créditos com garantia real apenas abaixo dos créditos trabalhistas até 150 salários mínimos –, diminuindo inclusive os riscos de inadimplemento. No entanto, isso não seria possível se o risco de inadimplemento fosse deslocado da ordem ocupada no concurso de credores durante a vigência do Decreto-lei n. 7.661, de 1945, para a liberdade de o devedor reutilizar os seus ativos novamente para angariar novos créditos, oferecendo-lhes o benefício da extraconcursalidade.

A prevalência dos argumentos acima permitirá que a norma jurídica contida no texto do art. 67, *caput* da LFRE, seja assim formulada: *Os créditos efetivamente concedidos ao devedor, quando advirem de obrigações previstas no plano, ou pertinentes ao curso regular da atividade, e terem sido originalmente pactuadas em data posterior à data em que tiver sido proferida pelo juiz a decisão que concede o pedido de recuperação judicial (art. 58, LFRE), devem ser classificados como extraconcursais em caso de falência.*

### 3.4 DOS FUNDAMENTOS: ANÁLISE

De plano, cumpre reconhecer algumas das conquistas obtidas pela ciência jurídica quanto à argumentação, com destaque, aqui, para a vinculação à lei e à recepção a argumentos de pesos e matizes diferentes: (i) aquele que defende uma posição meramente teleológica, afastando-se da literalidade do texto legal, assume, por conseguinte, o ônus argumentativo;<sup>868</sup> (ii) dentre as interpretações possíveis segundo o sentido literal, a prevalência deve ser dada àquela que “possibilita a garantia de concordância material com outra disposição.”;<sup>869</sup> (iii) a interpretação semântica, quando controvertida, amplia o espaço para a análise de outros pontos de vista relevantes, que, confrontados uns com os outros, tendem a conferir maior racionalidade à decisão final;<sup>870</sup> (iv) a fundamentação jurídica com base unicamente nos

<sup>868</sup> CANARIS, 2006, p. 23.

<sup>869</sup> LARENZ, 1997, p. 458.

<sup>870</sup> Cf. Alexy: “Normativamente relevante é tudo aquilo que pode ser corretamente apresentado como argumento a favor ou contra uma decisão jurídica.” (ALEXY, 2005, p. 81). Aqui também parece clara a pretensão de Alexy de ampliar os meios de se conferir maior racionalidade aos juízos de valor, fazendo uso também da

cânones de interpretação, apesar de seu valor, é insuficiente, porque as valorações ainda carecem de uma justificativa racional;<sup>871</sup> (v) os argumentos utilizados na interpretação não são juridicamente equivalentes.<sup>872</sup>

### 3.4.1 Os argumentos à luz dos cânones

Antes de se avançar, importante anotar que a conversão dos cânones de interpretação em argumentos, além de permitir a inclusão de argumentos de diferentes matizes no mesmo discurso, facilita a identificação daqueles aos quais deve ser conferida maior prevalência, pela proximidade com o conteúdo normativo interpretado.<sup>873</sup> Por isso a análise dos argumentos será realizada na mesma ordem em que foram explicitados no item anterior: análise semântica; sistemática; teleológica; genética; histórica; e comparativa.

Os argumentos semânticos revelam que de fato há espaço para se questionar o sentido e alcance da expressão “durante a recuperação judicial”, pois mesmo tendo um consenso que só há um durante depois de um início, é certo que algo foi iniciado com o despacho, e não apenas algo formal, também no aspecto material, pois se deu início a um novo ciclo na vida do devedor. A busca pela recuperação, antes por ele, por certo, tentada na esfera extrajudicial, agora é requerida na via judicial. Não há como deixar de ver que a busca por um determinado estado de coisas já importa na própria construção deste estado almejado. Todavia, adentrar neste estado se constitui um passo adiante, é só é possível quando a sua conquista foi obtida.

---

subsunção proposta por Kelsen e abrindo espaço para qualquer outro entendimento que possa ser apresentado como argumento. Em outras palavras, Alexy convida a todos para a argumentação.

<sup>871</sup> Cf. Hesse: “o ponto de vista “teleológico” é, sem dúvida, capaz de indicar uma direção de questionamento essencial, contudo, ele sozinho não possibilita uma resposta suficiente, porque “sentido e finalidade” da prescrição somente são determináveis indubitavelmente se eles podem ser comprovados com auxílio dos outros elementos.” (HESSE, 1998, p. 64).

<sup>872</sup> Cf. Ávila, “[os argumentos] têm fundamentos desiguais e, por isso, valores diferentes. Não podem, por consequência, nem ser empregados indistintamente, nem ser tomados um pelo outro, como se fora a sua escolha e a sua valoração uma manifestação de mero capricho do intérprete. [...] Dizer que a linguagem, o sistema, o legislador constituinte, ou resultados práticos decidem determinada interpretação é simplesmente pretender sejam unidirecionais argumentos que fluem em várias direções.” (ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-humberto-avila.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-humberto-avila.pdf)>. Acesso em: 16 jul. 2010).

<sup>873</sup> Cf. Michelon Jr.: “The arguments are designed to prove normative points.” (MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Being apart from reasons. The role of reasons in public and private moral decision-making*. Dordrecht, Netherlands: Springer, 2006, p. 10).

O processo de recuperação abarca atos e períodos. O pedido (ato) deflagra o início de um período. Do despacho inicial (ato), decorre outro período. Da concordância com o plano pelos credores (ato), um novo período se inicia. Da decisão que concede o pedido (ato), ainda outro período começa. Da decisão que decreta a falência (ato), um novo período se inicia. Da decisão que encerra a recuperação (ato), um novo período também é começado. Em todos estes períodos, iniciados com os atos mencionados, haverá um espaço e tempo que se refere ao “durante” correspondente a eles. Assim, a expressão durante, por si só, pode significar qualquer um dos “durantes”.

No entanto, o exame da natureza e efeitos dos atos indica que os períodos se caracterizam, preponderantemente, pelo seu caráter processual ou pelo seu caráter material. O primeiro sinaliza o caminho a ser trilhado até a decisão que avaliará o pedido – vincula-se estreitamente ao processamento da ação –, o segundo constitui um novo estado de coisas para o devedor e para os credores. O caráter material torna-se mais saliente quando os credores aprovam o plano de recuperação.

A colocação das palavras “processamento” e/ou “pedido” em alguns dispositivos voltados para ordenar a tramitação do processo, e a sua retirada em outros artigos, vinculados ao período constituído pela concessão do pedido, não ocorreu por puro acaso ou aleatoriamente. Pressupor uma imprecisão técnica como fundamento para ampliar o alcance da norma jurídica só seria viável se na Lei ficasse evidente a contradição lógica entre a literalidade do texto e todo o seu conteúdo normativo. Não é o que ocorre aqui, ao contrário, há coerência normativa entre os dispositivos relevantes da LREF e a utilização da expressão “durante a recuperação judicial”.

Alterar o significado da expressão “durante a recuperação judicial” para “durante o processamento da ação de recuperação judicial” exige a mudança da lei, ocasião na qual ao legislador caberia esclarecer exatamente qual o marco inicial para a aplicação da regra contida no art. 67, *caput*, da LFRE. Os apontamentos acima parecem estar harmonizados com o alerta de Augusto Becker:



[...] se as mesmas palavras ou frases (que continuavam originalmente provocar um reflexo condicionado específico) são utilizadas para expressar uma idéia de *conteúdo diferente*, então, muito facilmente elas poderão continuar a provocar aquele mesmo reflexo condicionado (condicionado à idéia original) e não o *diferente* reflexo que deveria ser condicionado à *diferente* idéia.<sup>874</sup>

Alexy propõe que a conclusão acima seja definitiva. Entretanto, deixa uma abertura para outros motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.<sup>875</sup> O caso em tela exige análise mais amplas e profundas, a exemplo do assentado pelo STJ no julgamento do REsp 701680, o qual versava sobre a possibilidade de o INSS redirecionar a execução fiscal “ajuizada contra a empresa recorrida” contra os seus sócios. Anota-se:

Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário.<sup>876</sup>

Assim, anota-se que, de fato, nenhum dos artigos da LFRE autoriza o devedor a constituir direitos em favor de terceiros, de modo definitivo, *inaudita altera parte*. Com maior precisão, nenhum dos efeitos decorrentes do despacho inicial (art. 52, da LFRE) confere ao devedor o direito de restringir, conforme a sua vontade unicamente, os direitos dos credores, que dirá de modo irreversível.

A eficácia do despacho inicial, cuja natureza é formal, por isso irrecurável, não se relaciona com o mérito ou com o direito material das partes. Para alterar o direito material, é imprescindível, sem prejuízo de outros requisitos essenciais, a presença efetiva do contraditório, dentro do devido processo legal, (art. 5º, LIV, LV, CF) ou a possibilidade de reversão dos efeitos decorrentes da antecipação da tutela *inaudita altera parte* (art. 273, §2º, do CPC).

A *primeira* e a *segunda hipótese* têm como principal argumento para que o benefício legal – qualificação dos créditos concedidos ao devedor como extraconcursais – seja facultado

<sup>874</sup> BECKER, 2002, p. 46.

<sup>875</sup> ALEXY, 2005, p. 243-244.

<sup>876</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. REsp 701680. Relator: Min. José Delgado. DJ 19 dez. 2005.

ao devedor oferecê-lo como garantia para novas obrigações a partir do ajuizamento da ação ou do despacho inicial, respectivamente, porque do contrário o devedor não teria condições de manter a empresa, pela ausência de crédito, o que violaria o princípio da preservação da empresa. A situação do devedor poderia sim ser paliativamente contornada com a permissão para reutilizar os seus ativos como novas garantias legais. No entanto, deve-se ampliar a visão sobre as conexões fáticas e jurídicas vinculadas aos direitos dos credores, o princípio da preservação da empresa e os ativos do devedor.

O contraditório e a ampla defesa são direitos fundamentais condicionados à ocorrência de citação válida.<sup>877</sup> Os apontamentos de Marinoni e Arenhart são elucidativos:

É através da colaboração das partes que o Estado-juiz poderá examinar os fatos postos à sua deliberação. Por isso, é inerente à idéia de processo a noção de contraditório, concebido pelo binômio conhecimento e reação. As partes envolvidas no processo devem sempre ter condições de saber o que nele se passa, podendo reagir de alguma forma aos atos nele praticados.<sup>878</sup>

Neste sentido, é o entendimento do STJ, como assentado no julgamento do REsp 622.026:

1. A citação constitui ato essencial para a formação do processo, e eventual inobservância na sua concretização implica violação ao princípio do contraditório. Daí o Poder Judiciário cercar-se de muita cautela na adoção da teoria da aparência. [...]

Dessa maneira, presente os requisitos caracterizadores da fraude à execução: *litispêndência e frustração dos meios executórios*.<sup>879</sup>

A preservação das atividades empresariais exercidas pelos devedores deve refletir a proteção ao direito dos credores, aos quais caberá concordar com a concessão de uma nova e planejada oportunidade para o devedor sustentar a sua atividade e satisfazer suas obrigações. Olvidar esta conexão tão flagrante importaria em restringir excessivamente a eficácia do princípio da cooperação, sem o qual jamais se consolidará o princípio da preservação da empresa.

A constituição de créditos extraconcursais, sem que qualquer exame da situação fática seja realizado, gerará danos irreversíveis aos credores, bem como às empresas por eles

<sup>877</sup> MARINONI; ARENHART, 2003, p. 134.

<sup>878</sup> Ibid., p. 121.

<sup>879</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. REsp 622026. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 09 out. 2006.

exercidas. Por certo tais credores teriam aguardado a aprovação do plano se tivessem sido informados do futuro ajuizamento da ação. Itera-se: todas as empresas devem ser preservadas. Ainda, o risco de o devedor constituir, sem ouvir os credores ou depender de qualquer decisão do Estado-juiz, créditos extraconcursais impactará o custo do crédito para todos os empresários ou sociedades empresárias que se encontram em crise. Este aspecto prejudica a economia. Ademais: “cumpre ter presente que o *Público* não forma corpo separado dos indivíduos e nem é dotado de personalidade própria.”<sup>880</sup>

Os argumentos sistemáticos rechaçam a primeira e a segunda hipótese, e sinalizam que a quinta hipótese é a que corretamente interpreta o art. 67, *caput*, da LFRE.

De plano, reitera-se que “não existem em direito interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, toda a disciplina jurídica concernente às pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina de interesses dos homens que as compõem”.<sup>881</sup>

A recuperação judicial almeja mais de um objetivo.<sup>882</sup> Ignorar os múltiplos objetivos e os interesses diversos e igualmente legítimos, implicaria a negativa da função de suporte recíproco entre os princípios e as regras dentro do subsistema da recuperação judicial, o que conduziria, inexoravelmente, a perda da percepção das conexões entre os objetivos e do conjunto por eles constituído.

O devedor ingressa com a ação de recuperação, mesmo que a atividade empresarial por ele exercida é incapaz de gerar lucros há anos, ou seja, apenas aumenta o passivo. Quem ganha com o consumo infrutífero de recursos úteis e escassos por parte do devedor? Por isso equivocado é imaginar que os recursos utilizados pelo devedor reverterão sempre para os credores e para a coletividade. Ao julgar o AgRg no CC 110.250, o STJ registrou que já havia transcorrido “quase 15 meses desde o processamento do pedido de recuperação”, sem “prova sequer de entrega dos planos de recuperação, que nos termos do art. 53 da Lei nº 11.101/05,

---

<sup>880</sup> BECKER, 2002, p. 173.

<sup>881</sup> COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 355.

<sup>882</sup> Cf. Borgarello: “La eliminación de la crisis patrimonial lleva, aunada con el principio de conservación de la empresa, a tratar de diagramar los medios de sanear ese patrimonio, manteniendo da empresa que sea viable y socialmente útil, conjugando asimismo los múltiples intereses plurisubjetivos en juego que no son menores.” (BORGARELLO, 2008, p. 33).

devem ser apresentados 60 dias após a decisão que deferir o processamento da recuperação judicial.”<sup>883</sup> Os créditos concursais permanecem, aparentemente, incólumes, mas todos os recursos que lhes conferiam uma possibilidade concreta de adimplemento poderão ser destinados ao adimplemento de novas obrigações (extraconcursais), como se livres estivessem, sem qualquer espécie de defesa para os credores, ao longo de um período muito superior ao fixado na lei, como, exemplificativamente, se constata no acórdão proferido pelo STJ.

Não parece adequado conferir, no âmbito da recuperação judicial, ao princípio da preservação da empresa uma eficácia positiva, no sentido de, com base exclusivamente nele, o devedor adquirir o direito de o devedor oferecer a seus novos credores bens que estavam vinculados a obrigações anteriormente contraídas com terceiros, os quais teriam, então, os seus bens e posições jurídicas alteradas sem que fossem ouvidos. Tal situação ocorreu, e é o objeto do AI 70025116567, julgado pelo TJRS.<sup>884</sup> A credora hipotecária, construtora do imóvel em que a sede e a fábrica do devedor se encontravam, não receberá o seu crédito porque entre o despacho inicial e a recusa do plano pelos credores, em assembleia-geral, o devedor contraiu diversas operações de mútuo com uma *factoring*, sem que resultado algum fosse obtido com o uso de tais valores.

Inobstante as críticas quanto à análise econômica do direito,<sup>885</sup> reitera-se que no discurso jurídico todos os argumentos racionais e coerentes são passíveis de serem introduzidos, e, destarte, ao intérprete cabe também considerá-los.<sup>886</sup> Ademais, por se tratar a recuperação judicial de um instituto de natureza econômico-processual, e o estímulo à atividade econômica constituir-se em um de seus objetivos, *ut* art. 47 da LFRE, a análise empírica dos reflexos econômicos da transferência,<sup>887</sup> pelo Estado, do risco da atividade

---

<sup>883</sup> Aplica-se o art. 262, do CPC: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

<sup>884</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cívica. AI 70025116567. Relatora: Des. Liege Puricelli Pires. *DJ* 27 abr. 2009.

<sup>885</sup> Cf. Becker: a hermenêutica da realidade econômica provoca em qualquer área do Direito a “demolição do que há de jurídico”. (BECKER, 2002, p. 131).

<sup>886</sup> Cf. Becker: “Incrivelmente difícil é convencer o Jurista adepto de um determinado método de trabalho, que os outros juristas, adeptos de outros métodos, não são inimigos que se devam exterminar, mas quase sempre aliados com os quais seria muito vantajoso procurar um ajuste para reciprocamente se auxiliarem.” (Ibid., p. 62).

<sup>887</sup> Cf. Becker: “A regra jurídica, pois, é um instrumento que o homem construiu utilizando os “dados” (matéria-prima) fornecidos pelas Ciências Sociais (inclusive a Ciência do Direito) e todos os elementos constitutivos desta definição geral de regra jurídica são empíricos porque resultantes daquela experiência social.” (Ibid., p. 54).

empresarial do seu titular (devedor) para os seus credores, sem a concordância destes, é apropriada. E tudo indica que tal atitude causaria malefícios à sociedade, em especial no médio e no longo prazo, em muito superiores aos benefícios que porventura possam ser obtidos em um primeiro momento. Isto por que, possivelmente:

a. Estar-se-ia incentivando os potenciais e efetivos parceiros comerciais do devedor em crise a aguardarem o ajuizamento da ação de recuperação, para só após o despacho inicial com ele negociar. E neste caso, certamente o princípio da preservação da empresa e o próprio instituto da recuperação judicial restariam muito prejudicados, já que passariam a ser utilizados como instrumentos de garantia legal para créditos que em outra situação seriam concursais.

b. Aumentar-se-ia os já elevados custos de transação presentes em qualquer processo judicial que tramita no Brasil, pois além do tempo e dos pagamentos de taxas, custas e honorários inerentes ao próprio processo de recuperação judicial, caberia, em última análise, a cada um dos credores tentar fiscalizar a administração do devedor no dia a dia, na tentativa de evitar que ele faça negócios aparentemente lícitos com a intenção apenas de canalizar o seu patrimônio para um determinado sujeito em caso de a falência vir a ser decretada, inclusive de forma proposital pelo devedor. Todos os ônus desse trabalho, mais os decorrentes de eventual processo judicial em que se discutiria a validade do negócio, com longa extensão probatória, seriam dos credores.

Na prática, fiscalizar todas as operações do devedor, mapear o que está sendo feito, para onde o dinheiro foi canalizado, quem são as pessoas envolvidas na transação, conferir valores e condições praticadas etc., parece ser algo irrealizável, justamente pelos elevadíssimos custos de transação, que, obviamente, se refletirão no custo do crédito quando de sua concessão para todos os empresários ou sociedades empresárias com potencial de ingressar com a ação de recuperação judicial.

c. O preço do crédito aumentaria para todos empresários e sociedades empresárias que, em uma análise de risco, enquadraram-se como candidatos à ajuizarem uma ação de recuperação judicial, porquanto uma vez ajuizada a ação a probabilidade de os credores existentes até aquela data receberem os seus créditos, independentemente de sua natureza

(com garantia real, trabalhista, fiscal etc.) poderia ser mínima, pois a partir da data do ajuizamento ou do despacho inicial – ambas sem qualquer participação dos credores ou do Estado-juiz – todos os valores contratados e não pagos passariam a ser classificados como extraconcursais. Com isso, se transferiria o risco do inadimplemento para os credores concursais, aqueles que deram crédito antes do ingresso do pedido de recuperação.

d. Estar-se-ia incentivando o devedor a tomar medidas para proteger, mediante fraude contra credores, o seu patrimônio. A possibilidade de a transferência disfarçada de bens ocorrer é ainda maior em face da já combatida reputação do devedor e de o art. 180 da Lei n. 11.101, de 2005, assegurar que a decisão que concede a recuperação judicial “é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei”, ou seja, todos os atos praticados entre o despacho inicial e a decisão que concede a recuperação são inimputáveis.

Em outras palavras, estar-se-ia incentivando o devedor, agente que tem total conhecimento sobre a viabilidade ou não de recuperação, a pactuar novas obrigações com pessoas próximas e de sua inteira confiança, pois, na pior das hipóteses, haverá a garantia legal de que todos os ativos serão liquidados para adimplir aquelas obrigações. Nesta vereda, adequado pensar que se estaria promovendo o risco moral (*moral hazard*), mediante a garantia legal de que os danos serão suportados pelos credores concursais.

e. A probabilidade de o devedor se recuperar e a empresa ser preservada não aumentarão apenas com a facilitação do acesso ao crédito. Há a necessidade de se examinar com profundidade o plano de recuperação e os fatores geradores da crise para que seja possível tomar a decisão acerca de uma nova alocação de recursos.

f. Os recursos escassos, em especial o de terceiros, não serão utilizados de forma eficiente, pois, no máximo, serão canalizados para amenizar a pressão gerada pela crise econômico-financeira. Os administradores agirão sem um plano de recuperação consistente, em que as causas geradoras da crise sejam eficientemente tratadas. O desperdício de recursos fica mais preocupante quando há pesquisas que informam serem fatores condicionantes do sucesso o planejamento (plano de recuperação) e a gestão, duas causas que não solucionáveis apenas pelo acesso ao crédito. A lei da causa e efeito impede que a solução de uma crise se dê

através de minimizações dos efeitos, mesmo que nisso sejam utilizados todos os recursos. É a raiz do problema que deve ser investigado e tratado de modo eficiente.

Os apontamentos acima indicam que não se deve promover o interesse exclusivo dos credores, do devedor ou da coletividade social na manutenção da empresa, ignorando-se as conexões normativas existentes entre os fundamentos jurídicos sobre os quais se estruturam. A recuperação judicial reclama, para sua consolidação, a busca equilibrada dos objetivos e a aplicação harmônica dos seus princípios, o que pressupõe o exame dos aspectos relevantes de cada caso concreto.

*Ex positis*, sublinha-se que a *primeira* e a *segunda hipótese* acabariam por dificultar a concretização dos objetivos da recuperação judicial à medida que se constituem em promessa de solução para problemas derivados das escolhas do devedor em paralelo ao trâmite do processo – constituição de créditos extraconcursais –, sem se importar com o *objetivo imediato fim* do instituto: pagamento dos créditos concursais, cujos titulares definirão se será ou não decretada a sua falência.

O documento pertinente ao processo legislativo que resultou na Lei n. 11.101, de 2005, mais significativo é, de longe, o Parecer da CAE. O documento, contudo, não permite uma conclusão direta acerca da interpretação que na época era atribuída ao art. 67, *caput*, da LFRE. Isso por que (i) não faz referência direta ao seu texto; e (ii) menciona princípios que protegem os interesses dos credores, do devedor e da coletividade.

Cumpra apenas referir que para o então Deputado Federal Osvaldo Biolchi, relator do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, o art. 67, *caput*, da LFRE contempla “os novos aportes financiamentos feitos na execução do Plano de Recuperação de Empresa”.<sup>888</sup> De qualquer forma, sua observação consta em livro publicado após a promulgação da Lei, e não se constitui em argumento genético.

Por fim, itera-se que rotular qualquer argumento como sendo portador da intenção do legislador, e por isso justificador de uma determinada interpretação, é inaceitável no Estado de Direito, logo, na seara da recuperação judicial. Dentre os motivos, cabe referir apenas que

---

<sup>888</sup> BIOLCHI, 2009, p. XLII.

a intenção dos parlamentares não se constitui em direito objetivo. A vontade do legislador se esgota quando da publicação da Lei. Este o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, que reduziu significativamente a possibilidade de se utilizar argumentos baseados na história legislativa ou nos projetos que antecederam “*the Bankruptcy Code*”.<sup>889</sup>

A interpretação da norma contida no art. 67, *caput*, da LFRE deve partir do seu texto, sempre manter como ele ressonância, e a ele retornar.

A Lei n. 11.101, de 2005, introduziu no ordenamento jurídico a recuperação judicial, o que já indica a extensão das mudanças provocadas no Direito Concursal brasileiro. Todavia, não parece apropriado se falar em ruptura com a legislação anterior. Trata-se de uma evolução, não revolução. Isso significa dizer que o legislador reequilibrou os princípios subjacentes ao processo judicial facultado aos empresários e sociedades empresárias que se encontram em crise econômico-financeira. Tanto assim é, que o princípio da preservação da empresa é aplicado pelos Tribunais há bastante tempo, tendo o STJ reconhecido que a LFRE apenas tornou-o explícito.

O fato de a concordata não ter obtido o êxito que dela se podia esperar, não significa que a recuperação judicial deve ser utilizada para se recuperar qualquer devedor.<sup>890</sup> Apenas os devedores recuperáveis preenchem os pressupostos fáticos para a concessão do pedido, devendo, ainda, o plano respeitar os direitos dos credores, aos quais competem cooperar para a sua aprovação e execução. Passa por aí a manutenção da atividade empresarial.

Destarte, mostra-se equivocada a ideia de que tudo deve se converter para a conservação da empresa, pois somente desta forma serão proporcionados os resultados que a concordata não possibilitou.

---

<sup>889</sup> Cf. Epstein, Nickles e White: “The Supreme Court’s decision in *United States v. Ron Pair Enterprises, Inc.* has reduced significantly bankruptcy court’s use of legislative history in interpreting the provisions of the Bankruptcy Code. The Court there held that section 506(b) changed pre-Code case law so that a nonconsensual lien creditor is entitled to postpetition interest on its claim. Justice Blackmun based this holding on “the plain meaning” of section 506(b). Justice Blackmun’s majority opinion contained a number of statements about construing the Bankruptcy Code that are now regularly quoted by bankruptcy courts in rejecting arguments based on legislative history and pre-Code case law.” (EPSTEIN; NICKLES, WHITE, 1993, p. 5).

<sup>890</sup> Sobre a viabilidade da recuperação do devedor, *vide* capítulo segundo, item 2.7.1.



Dito isso, anota-se que os argumentos históricos são irrelevantes para se definir a interpretação mais adequada da regra contida no art. 67, *caput*, da LFRE.

Consigna-se que na maioria dos casos de *business reorganization* ajuizados nos Estados Unidos o devedor não apresenta um plano de recuperação, e a atividade acaba em alguma forma de liquidação:

By focusing here on the limited number of Chapter 11 case where a plan is in fact proposed and ultimately voted upon, we do not intend to ignore the majority of cases where no plan is ever proposed or the business sinks into some form of liquidation.<sup>891</sup>

O exemplo americano corrobora com o argumento de que o conjunto de objetivos atinentes ao subsistema da recuperação judicial somente poderá ser concretizado se nenhum deles for priorizado de forma aleatória ou indiscriminada.<sup>892</sup> Cabe aos credores e ao Estado-juiz examinar e indicar os objetivos que devem ser priorizados em cada caso, assim como, a forma de realizá-los. Fazer uso dos direitos dos credores quando flagrante que um grande número de casos acabará, inexoravelmente, em falência também viola o princípio da eficiência econômico-jurídica.

A fundamentação jurídica com base unicamente nos cânones de interpretação, apesar de seu valor, é insuficiente. As regras hermenêuticas efetivamente também são limites jurídicos à aplicação dos princípios na recuperação. Cabe, ainda, verificar se a aplicação do princípio, neste caso concreto, teria violado os deveres de medida sugeridos para o controle de sua aplicação.

---

<sup>891</sup> EPSTEIN; NICKLES, WHITE, 1993, p. 819.

<sup>892</sup> Cf. Montenegro: " El principio de conservación de la empresa no puede consistir en un mecanismo de conservación indiscriminado de empresas por cuanto un sistema de ese género no puede eludir la cuestión fundamental de saber en qué casos deben conservarse las empresas y en qué otros deben ser eliminadas. [...] Esta opción, no puede resolverse mediante el establecimiento de un criterio rígido de selección en el momento de la apertura del procedimiento, sino que, requiere de la confección de un standard de empresa conservable que contenga unas condiciones mínimas inderogables y objetivas para que el sistema pueda obrar con unas ciertas garantías de seguridad y generalidad. (MONTENEGRO, 2008, p. 223).

### 3.4.2 Ponderações à luz dos deveres de medida

A proteção de um interesse pelo Direito significa, talvez sempre, a restrição de outro interesse,<sup>893</sup> de modo que “toda a análise penetrante exige a articulação dos interesses”,<sup>894</sup> o que pode por em risco a racionalidade e consistência da interpretação jurídica, porquanto o intérprete poderá deixar-se orientar pelos interesses que pessoalmente lhe convêm, e não pelo objeto da interpretação.<sup>895</sup>

A interpretação adotada por força do argumento de que à eficácia de um determinado princípio deve sempre, ou independente de fundamentação, ser atribuída prioridade, independente do caso concreto, carece da racionalidade que deverá caracterizar as decisões judiciais no estado de direito, pois se estaria aceitando o uso de uma concepção pessoal, revestida de absoluta, como fundamento jurídico. Com isso, a decisão proferida pelo TJRS acerca da interpretação do art. 67, *caput*, da LFRE resta esvaziada, uma vez que elege o princípio da preservação da empresa como hierarquicamente superior aos demais, e sua promoção seria mais contundente com a classificação dos créditos extraconcursais a partir do despacho inicial (*segunda hipótese*).<sup>896</sup>

Ao conceder efeito suspensivo ao REsp 1185567, a Ministra Gallotti assentou que para a interpretação do art. 67, *caput*, da LFRE demanda a verificação de quando o credor é merecedor do privilégio legal.<sup>897</sup> Contudo, não parece se tratar de uma questão a ser decidida a partir do merecimento. Todos os credores podem e deveriam ser merecedores, não de um privilégio, mas sim do adimplemento de seus créditos. Diferenciá-los, em face da escassez de recursos, é uma questão, se pensa, de se investigar a relação entre as normas jurídicas que fundamentam todos os interesses, compreendendo-os em seu conjunto e conexões. Ademais, conferir um privilégio, mesmo invocando o merecimento, reclama, antes, que se defina um

---

<sup>893</sup> ENGISCH, 2008, p. 369.

<sup>894</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>895</sup> Cf. Portanova: “É difícil acreditar em algo que possa restringir a liberdade do juiz de decidir como quiser. É preciso reconhecer realisticamente: nem a lei, nem os princípios podem, prévia e plenamente, controlar o julgador. [...] Depois de tantos anos, os juízes aprenderam como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la.” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 229).

<sup>896</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cívica. AI 70025116567. Relatora: Des. Liege Puricelli Pires. DJ 27 abr. 2009.

<sup>897</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. MC 16.662. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. DJe 11 abr. 2011.

critério, e este deve encontrar suporte no ordenamento jurídico, caracterizado por sua ordem e unidade.

Destarte, se os precedentes se limitam em invocar o princípio da preservação da empresa, por exemplo, sem demonstrar porque o fazem, nenhum outro argumento, por mais forte que sejam seus elementos e conexões com o direito objetivo, poderá alterar o precedente. A ontologização de um princípio e o entendimento tido como dele decorrente, torna impossível a argumentação em sentido contrário, porque tal entendimento foi fixado fora do alcance da eficácia do dever-ser. Destarte, todos os argumentos que se limitam em alegar a prevalência de um ou outro princípio carecem de consistência jurídica.

Ademais, itera-se que ponderação, unicamente, é insuficiente para conferir racionalidade ao juízo de valor que determinará uma ou outra interpretação.<sup>898</sup> Deve-se submetê-la aos deveres de medida.<sup>899</sup> Sempre reconhecendo que o legislador tem liberdade para contemplar as diferenças que desejar, na proporção e forma que bem entender, dentro dos limites constitucionais.

O dever de medida igualdade se aplica no caso examinado porque o art. 67, *caput*, da LFRE estabelece uma discriminação entre credores no caso de a falência do devedor ser decretada, tendo como fator de discriminação o período em que as obrigações foram originalmente pactuadas. A justificativa está na dificuldade de o devedor em crise econômico-financeira obter crédito, e o objetivo é justamente facilitar o seu acesso pelo devedor a novos créditos, não obstante os riscos comumente presentes na situação em que se encontra.

O fator de discriminação é aparentemente razoável. Possui pertinência teórica e prática com a justificativa e o objetivo, o qual encontra amparo na Constituição Federal.

Deve-se aprofundar. A discriminação, nos moldes sugeridos na primeira e na segunda hipótese, retiraria a eficácia prática dos direitos pertencentes aos credores, em especial, o de ter os seus créditos satisfeitos na ordem estabelecida na LFRE ou, então, na forma que vier a

---

<sup>898</sup> Sobre o conflito de normas jurídicas, *vide* capítulo primeiro, item 1.2.3, c. Sobre a ponderação entre princípios, *vide* capítulo primeiro, item 1.4.2; e capítulo terceiro, item 3.5.1.

<sup>899</sup> Sobre os deveres de medida, *vide* capítulo 1, item 1.4.5.

ser por eles aprovada. Tal aspecto implica a revisão das conexões entre o fator de discriminação, a justificativa e o objetivo.

No que tange à justificativa, não há dúvida de que a publicidade acerca do estado de crise econômico-financeira enfrentada pelo devedor influencia o seu acesso às linhas de crédito. No entanto, qualquer atividade empresarial, inclusive aquela exercida pelo devedor que ingressou com pedido de recuperação judicial, só continuará se os seus titulares e administradores agirem em consonância com o princípio da cooperação, o qual abrange a boa-fé, e o princípio da transparência, inclusive no processo judicial.

A extraconcursalidade de alguns créditos se justifica quando os recursos foram aplicados na tentativa de se realizar o plano de recuperação aprovado pelos credores, e não quando consumidos pela atividade durante o processo, mais especificamente, no período anterior à aprovação do plano, como parece sustentar José da Silva Pacheco.<sup>900</sup>

As pessoas que negociaram ou vierem a negociar com o devedor também são responsáveis pela preservação da empresa. Caso não tivessem concordado em participar das relações obrigacionais, talvez sequer tivesse existido uma atividade empresarial. Atenção a este aspecto permite questionar: a conduta do empresário no exercício da empresa deve pautar-se pela boa-fé e transparência, assim, não seria de se esperar que antes de tomar qualquer crédito ele informasse o possível credor da possibilidade de vir a ajuizar uma ação de recuperação judicial?

Seria razoável justificar a discriminação entre credores em uma omissão, porque a comunicação da verdade pelo devedor teria feito a outra parte contratante aguardar pelo plano de recuperação?

Não parece razoável justificar um fator de discriminação nos efeitos decorrentes da transparência nas relações comerciais, prejudicando aqueles que passam a ter acesso às informações relevantes, e atrelá-lo a um objetivo possivelmente inviável, mormente, quando a desigualdade custará a efetiva eficácia dos direitos de um dos grupos tratados de modo desigual, justamente aquele que obteve em primeiro lugar o direito de exigir a satisfação de

---

<sup>900</sup> PACHECO, 2006, p. 175.

seus créditos. Por este ângulo, a discriminação violaria direitos fundamentais – o direito de propriedade e o direito ao devido processo legal –, o que não é aceitável.

Necessário, ainda, verificar se a discriminação contribuiria para a conservação da fonte produtora, dos empregos e para o adimplemento dos créditos concursais. De um lado, pode-se dizer que sim, já que o devedor terá uma probabilidade maior de permanecer em atividade, ao menos até a deliberação acerca do plano; por outro lado, a discriminação conferirá ao devedor o direito de constituir créditos extraconcursais, sem intervenção do Estado-juiz e dos credores, independente de ter sido verificado se realmente há alguma fonte produtora ou empregos a serem conservados. E, por este prisma, parece claro que o dever de igualdade entre os credores seria violado no caso da primeira e da segunda hipótese. Quanto à terceira e à quarta hipótese, a participação dos credores na análise da situação fática *sub judice* legitimaria a adoção do fator de discriminação, não havendo como se falar em desobediência ao dever de igualdade.

No que tange à razoabilidade, itera-se que é razoável o que não contraria a ordem natural das coisas.

A eficácia do princípio da preservação da empresa na recuperação judicial é eminentemente de defesa (negativa), no sentido de dar ao devedor o espaço e o tempo necessários para propor aos credores um plano para adimplir as obrigações contraídas e manter a empresa por ele exercida ativa. Para tanto, parece razoável exigir que o devedor, autor da ação judicial, comprove, em primeiro lugar, a existência e a situação fática de uma empresa, e, em segundo lugar, a possibilidade de mantê-la ativa no mercado, não obstante a crise em que se encontra.

Apropriado, nesta vereda, observar quem são as pessoas que praticam os atos possíveis de serem vinculados à aplicação do *caput* do art. 67: a) distribuição do pedido: ato realizado exclusivamente pelo devedor; b) despacho inicial: ato formal praticado exclusivamente pelo juiz; c) aprovação do plano de recuperação: ato realizado pelo devedor e pelos credores; d) concessão do pedido: ato vinculado ao mérito, realizado exclusivamente pelo juiz. Como se vê, a recuperação passa, obrigatoriamente, pela cooperação entre credores e devedor, o que

sempre se formaliza em torno do plano de recuperação. Daí a relevância atribuída ao plano pelo STJ:

O Plano de Recuperação Judicial, em que se discrimina, de forma pormenorizada, o modo como se dará o soerguimento e a reestruturação da empresa combatida, bem como a viabilidade econômica desta, com a avaliação de seus bens e ativos e a consecução de laudo econômico-financeiro, consubstancia o principal instrumento para que o processo de Recuperação Judicial, num esforço comum dos credores, da empresa e da sociedade em geral, obtenha êxito, mantendo-se, por conseguinte, o prosseguimento da atividade econômica.<sup>901</sup>

As hipóteses primeira e segunda, desconsideram a importância e significado do plano de recuperação, seja no que toca ao conteúdo das obrigações, à viabilidade do devedor ou à concessão do pedido.

No caso do *caput* do art. 67, da LFRE, trata-se da definição de uma regra jurídica, cuja incidência será infalível,<sup>902</sup> e, por si só, constituir-se-á na modificação ou alteração de uma relação jurídica.<sup>903</sup> Os incisos XXXV e LXXIV asseguram a todos o direito de acesso ao Poder Judiciário, e os incisos LIV e LV, todos do art. 5º, da CF, impõem o devido processo legal para que qualquer restrição ao direito de liberdade e de propriedade ocorra, assegurando a todos os litigantes o direito às mesmas oportunidades processuais. Cautela máxima deverá ser adotada pelo intérprete e julgador quando apreciar matéria infraconstitucional vinculada aos citados direitos fundamentais, pois para o STF “a discussão relativa aos postulados do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal constitui matéria de índole infraconstitucional, cujo exame se mostra inviável no âmbito extraordinário.”<sup>904</sup>

Caso fosse conferido ao devedor o direito de alterar, de modo imediato, as condições fáticas relacionadas aos seus ativos, anteriormente oferecidos como garantia de outras obrigações, inclusive garantias reais; e, mediatamente, as obrigações contraídas com aqueles

<sup>901</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 20 out. 2010.

<sup>902</sup> Cf. Becker: “Realizando-se sua hipótese de incidência, a regra jurídica sobre ela incide e esta incidência é *infalível*.” (BECKER, 2002, p. 339).

<sup>903</sup> Cf. Becker: “Quando a hipótese de incidência consiste num fato jurídico (ato jurídico, fato jurídico ou estado de fato jurídico), então, neste caso, aquela ligação da hipótese de incidência a alguém já é uma relação jurídica. Entretanto, a incidência da regra jurídica sobre sua hipótese de incidência (que se realizou pelo acontecimento do fato jurídico) tem como efeito jurídico: ou alguma modificação no conteúdo jurídico (direitos, deveres, pretensões, obrigações, etc.) daquela preexistente relação jurídica; ou cria uma *nova* relação jurídica, com absoluta *independência* daquela preexistente relação jurídica.” (Ibid., p. 331).

<sup>904</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. AgRg no RE 559816. Relatora: Mina. Ellen Gracie. *DJe* 04 maio 2011.

de que deveram aprovar o plano de recuperação, sem a análise, nem mesmo pelo juiz, da situação fática constante nos autos e independente da concordância dos credores,<sup>905</sup> estar-se-ia invertendo a ordem natural e jurídica dos fatos.

Acrescenta-se, ademais, que a maximização dos ativos, tanto do devedor quanto dos credores (possibilidade de satisfação dos créditos), pode ocorrer na própria falência, com a otimização dos ativos de forma rápida e com economia processual (art. 75, da LFRE). Também por isso o exame dos elementos fáticos no caso concreto, com destaque para a viabilidade de recuperação do devedor e exequibilidade do plano, serem imprescindíveis para que se possa dar um passo adiante e alterar o conteúdo das obrigações de responsabilidade do devedor, com o fito de reorganizá-las e satisfazê-las, conservando a atividade empresarial.

As obrigações dirigem-se à satisfação, na *primeira* e na *segunda* hipótese as obrigações poderiam ser utilizadas, exclusivamente pelo devedor, justamente para impedir os credores de exigir que sejam satisfeitas. Ao invés de a recuperação conjugar a preservação da empresa exercida pelo devedor e a efetividade dos créditos, acabaria por ser um meio para o devedor e terceiros, alheios ao processo, constituírem créditos extraconcursais, e, assim, esvaziar o concurso de credores.

Autorizar o devedor a constituir créditos extraconcursais, e assim alterar o efetivo conteúdo das obrigações anteriormente firmadas com os credores concursais, sem que estes tenham a oportunidade de se manifestar, se em que qualquer exame da situação fática seja realizado, parece ser realmente irrazoável, porquanto consumir-se-iam recursos valiosos na busca de um objetivo que sequer foi identificado como viável.

No que se refere ao dever de proporcionalidade, cabe assinalar que os bens e posições jurídicas acabam restringidos quando a lei ou a decisão judicial reduz a eficácia da norma que os protege. Tal restrição, quando altera a *relação obrigação* (credor e devedor), também reduz o caráter econômico que preenchia o bem jurídico protegido pela norma. A extensão concreta dos seus efeitos poderá, em face da situação fático-jurídica, variar do insignificante à integralidade, do provisório ao definitivo. Restringir direitos sem que haja necessidade seria

---

<sup>905</sup> Cf. Porto e Ustároz: “o contraditório vai além e exige que, antes de tomada a posição pelo juiz dentro do processo, as partes tenham tido efetiva possibilidade de influenciar a formação de seu convencimento.” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53).

inapropriado. Também por isso o conflito entre objetivos, interesses ou princípios (*meio-fim*) sujeito ao dever de proporcionalidade sempre deverá levar em consideração as circunstâncias presentes no caso concreto. Cabe aprofundar:

1) A lei ou a decisão judicial pode, de um lado, restringir, em última análise, os bens particulares (econômicos) protegidos por direitos individuais (bens jurídicos) – sem que haja a necessidade de qualquer manifestação daquele que na relação obrigacional figura como credor; e (ii) sem que qualquer juiz examine a relação entre o direito positivo e a situação fática; –, e, de outro, outorgar poderes para aquele que figura como devedor dispor sobre os bens econômicos vinculados aos bens jurídicos de titularidade do credor, bastando, para tanto, o argumento de que assim promover-se-á com maior intensidade o princípio da preservação da empresa, mesmo que a atividade empresarial em si não tenha sido objeto de qualquer análise?

2) Até que ponto e sob quais condições tal restrição poderia ser estabelecida pela lei ou pela decisão judicial em face da eficácia dos princípios da recuperação judicial e dos direitos individuais (fundamentais e ordinários) que conferem juridicidade aos interesses do devedor? Restringir os direitos dos credores, sem que lhes seja dada oportunidade para se manifestarem acerca da viabilidade de recuperação do devedor, por meio da análise do plano apresentado em juízo, importaria em uma restrição flagrante e vazia da eficácia dos princípios da segurança jurídica, da participação ativa dos credores, da preservação da efetividade dos créditos, da maximização dos ativos, da proibição do enriquecimento sem causa, da transparência e, ainda, reduziria em muito a possibilidade de o princípio da cooperação ser concretizado. Conferir ao devedor o direito de alterar a possibilidade efetiva de as suas obrigações serem adimplidas, autorizando-lhe a contrair créditos extraconcursais retiraria, por completo, a intervenção judicial, facultada a manifestação da parte adversa, como pressuposto para alterar direito de terceiros. Tal argumento, por si só, revela uma excessiva restrição da eficácia dos princípios da segurança jurídica, da cooperação e do princípio constitutivo do interesse dos credores. Assim, parece ser inadequada a *primeira e a segunda hipótese*.

Por certo o meio adotado pelo acórdão é adequado para facilitar a manutenção da fonte produtora e dos empregos, e inadequado para atender à satisfação dos interesses dos credores, em especial aqueles que possuem algum tipo de privilégio, uma vez que nenhum exame da



viabilidade da recuperação da empresa foi realizado. Portanto, sob este ângulo (adequação) parece que a interpretação dada pelo acórdão já violaria o dever de proporcionalidade. De qualquer forma, avança-se na análise.

Haveria outros meios mais aptos para se atingir os fins da recuperação - manutenção da empresa, dos empregos e pagamento dos credores? Sim, em especial se a empresa se preparar para ingressar com o pedido, o que inclui o diálogo com seus credores, e se organizar para, durante o período de tramitação do processo, trabalhar com um fluxo de caixa diferenciado ou adotar outros mecanismos de gestão que lhe permitem manter-se em atividade no período, mesmo que, para tanto, se faça necessária uma redução das atividades.<sup>906</sup>

Deve-se, no entanto, registrar que para a manutenção da atividade e dos empregos o meio adotado pelo acórdão - dar ao devedor o direito de constituir créditos extraconcursais - poderia, em alguns casos, contribuir para ele negociar novos contratos. Contudo, este meio, sobretudo quando adotado sem qualquer critério ou exigência de pressupostos essenciais, é o que mais restringe o objetivo final da recuperação - satisfação dos credores, por isso, entende-se, a partir do exame da necessidade, que a sua adoção violaria a proporcionalidade.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito (relação entre vantagens e desvantagens), neste caso, se dá através da seguinte pergunta: permitir que o devedor constitua créditos extraconcursais a partir do despacho inicial do seu pedido de recuperação judicial, porque assim com maior vigor se promove a preservação da empresa, restringe excessivamente ou elimina a efetiva eficácia dos direitos inerentes aos credores concursais, de modo que traria mais desvantagens do que vantagens para a busca dos fins almejados com o instituto da recuperação judicial?

De um lado - entendimento do acórdão - se tem a possibilidade concreta de o devedor obter novas linhas de crédito para manter a sua atividade, no mínimo, até a data da assembléia

---

<sup>906</sup> Cf. Piossek e Cristofaro: "De nada sirve que la empresa llegue al concurso en un estado irreversible, en el que ya nada puede hacerse pues toda posible solución es tardía, convirtiendo al proceso concursal en una autopsia." (PIOSSEK, Carlos Roberto Antoni; CRISTOFARO, Giovana E. Del. Hacia dónde arrostra el derecho concursal? Debe romper el cerco para que la empresa dure? In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 4., Montevideo, 2008. *Crisis de la economía mundial e concursalidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 27). Cf. Borgarello: " La realidad que vivimos nos muestra que la gran mayoría de los sujetos acuden al concurso preventivo cuando la cesación de pagos resulta insalvable y el largo proceso supuestamente preventivo no hace mas que dilatar la etapa liquidatoria final, con el conseqüente perjuicio y daño a las partes e intereses involucrados." (BORGARELLO, 2008, p. 34).

geral de credores, podendo, para tanto, beneficiar-se, de imediato, e com grande liberdade, do despacho inicial, o que seria o interesse público. Esta possibilidade, deve-se atentar, se analisada sob o ângulo do devedor, se mostra como um prêmio, porque ele poderá escolher quem são os credores que receberão os seus créditos, e, amparado na lei, realizar novos negócios que embasam seus interesses particulares. Por outro lado, a viabilidade da empresa é incerta, e muitas vezes os motivos que tornam uma empresa inviável não estão apenas atrelados ao crédito, até porque, não raro, os sócios e acionistas possuem grande patrimônio e poderiam nela investir, em especial quando se trata de empresa de grande porte.

Acrescenta-se a este ponto que todos os credores, inclusive os trabalhistas, cujo pagamento de seus créditos é a razão final da recuperação judicial, terão a eficácia de seus direitos restringida em grau máximo, sem que tenham sequer sido ouvidos sobre o plano ou o que quer que seja, pois o despacho nada decide e é irrecorrível. Em outras palavras, os ativos pagarão, não raro, apenas os créditos extraconcursais, derivados de contratos de mútuo, e sem ter existido recuperação judicial. Ou, ainda, o remédio esvaziaria a possibilidade de o fim maior do procedimento ser atingido. Desta forma, a proporcionalidade em sentido estrito revela que o entendimento adotado pelo acórdão proferido pelo Tribunal do Rio Grande do Sul viola o dever de medida da proporcionalidade, de modo indireto, e de modo direto, os dispositivos legais que regulam a matéria.

Nessa esteira, deve-se perguntar: Qual o limite da restrição da eficácia dos direitos dos credores da empresa em recuperação, com base no princípio da preservação, para a averiguação da viabilidade de a empresa permanecer ou voltar a realizar o seu objeto social? Parece ser razoável afirmar que as condições criadas para dar tempo para a averiguação da viabilidade da empresa não poderão retirar a eficácia prática (concreta; de fato) dos direitos dos credores de modo irreversível, apenas neutralizá-la, o que já se constitui em uma restrição. Em outras palavras, as restrições impostas devem ser reversíveis e, naturalmente, sujeitas ao contraditório e ao exame judicial.

Não havendo, em face do processo, uma possibilidade para que isso ocorra, deve o Estado-juiz, no máximo, suspender os direitos conflitantes, sem jamais permitir que isso importe em dano irreversível.

No caso em tela, a *primeira e segunda hipótese* restringem a eficácia do princípio da cooperação, da segurança jurídica, da igualdade entre os credores, da proibição de enriquecimento ilícito, e, assim, reduzem a eficácia do princípio constitutivo da eficiência econômico-jurídica do instituto. Ocorre que, de outro lado, as interpretações constantes nas hipóteses referidas não demonstram que os benefícios, inclusive no que se refere ao princípio constitutivo da recuperação do devedor, poderiam justificar aquela restrição.

Isso porque, em tais hipóteses sequer se examina, mesmo sumariamente, a possibilidade fática de o pedido ser concedido. A recuperação judicial exige que se avalie a situação fática – única em qualquer caso – na qual o devedor se encontra, sem a qual seria inimaginável a confecção de um plano de recuperação, e muito menos a deliberação pelos credores acerca de sua exequibilidade dentro das circunstâncias que se encontram presentes no caso *sub judice*.

Restringir a eficácia de diversos princípios, muitos de forma incontrolável e irreversível, para que se mantenha a empresa exercida pelo devedor teoricamente ativa, viola o dever de proporcionalidade. *Ex positis*, afasta-se a primeira e a segunda hipótese.

No que tange às demais, os argumentos que tornariam as duas primeiras hipóteses desproporcionais acabam sendo atendidos, porquanto a concordância unânime dos credores, *ut art. 55 c/c art. 58, caput*, da LFRE (terceira hipótese); ou a concordância pela maioria, dentro dos limites que vinculam o próprio Estado-juiz, *ut art. 45, §§ 1º, 2º*, LFRE (quarta hipótese), pressupõe a existência do contraditório e a convergência de vontades – do devedor e da coletividade dos credores – na tentativa de se executar o plano de recuperação, mesmo que, para tanto, o devedor tenha de constituir créditos extraconcursais.

A concessão do pedido (quinta hipótese) também obedece, naturalmente, ao dever de proporcionalidade, e se constitui na única possibilidade de o devedor constituir créditos extraconcursais quando a Assembleia-geral de credores aprovar o plano nos limites estatuídos pelo art. 58, §1º, I, II, III, da LFRE. Caso a Assembleia-geral não aprove o plano dentro destes limites, no mínimo, então não poderá ser aplicado art. 67, *caput*, da LFRE, por força do dever de proporcionalidade.

A nenhum princípio, por força do dever de proibição de excesso, poderá ser dada prevalência ao ponto de possibilitar a eliminação excessiva da efetiva eficácia de outro princípio. Assim como, a promoção de um objetivo legal ou direito coletivo não poderá eliminar a possibilidade de outro objetivo legal ou direito individual ser passível de materialização.

Atenta-se que o art. 67, *caput*, da LFRE apresenta-se, ao menos primariamente, como uma regra jurídica, geral e abstrata, já resultante da ponderação realizada pelo legislador. Portanto, a interpretação não deve ampliar o alcance da regra sob o argumento de que o princípio a ela subjacente poderia ser ainda mais privilegiado se assim se procedesse.

A constituição de créditos extraconcursais não elimina a eficácia de direitos dos credores concursais, mas tem enorme potencial para eliminar a sua efetividade (ocorrência fática), por completo. Isso não beneficiaria ninguém, uma vez que os agentes atuantes no mercado respondem de forma rápida e impessoal às decisões judiciais que impõem custos e riscos ao exercício dos direitos de propriedade e de liberdade. Anota-se que o “Bem Comum é bem de *todos* e bem de cada um”,<sup>907</sup> e o seu conteúdo, assim como do Direito Positivo que disciplina a sua produção e distribuição, “é determinado pela ‘vontade social *preponderante*’.”<sup>908</sup>

No caso da recuperação, todos os objetivos são elogiáveis, mas apenas a necessidade de o devedor adimplir as obrigações de sua exclusiva responsabilidade apresenta caráter substancialmente privado e patrimonial, os demais se referem, de alguma forma, a deveres do Estado. Permitir que o devedor altere, direta ou indiretamente, o conteúdo das relações obrigacionais, dispondo da propriedade alheia sob a justificativa de que assim se atenderá ao interesse coletivo, importaria na transferência pelo Estado de suas responsabilidades sociais para os credores do devedor em crise, com a eliminação da eficácia prática dos direitos adquiridos por estes. Constituir-se-ia em uma punição ou castigo para as pessoas que aceitaram contribuir com o devedor antes que, por força de qualquer motivo, ajuizasse a ação de recuperação judicial.

---

<sup>907</sup> BECKER, 2002, p. 178.

<sup>908</sup> *Ibid.*, p. 184.

Ante o exposto, parece correto afirmar que a *primeira* e a *segunda hipóteses* violariam, de forma direta, o núcleo essencial dos direitos assegurados pelo princípio da participação ativa dos credores e do princípio da preservação da efetividade dos créditos, e, indiretamente, atingem, no plano constitucional, o núcleo de direitos fundamentais, consubstanciados nos princípios da propriedade privada, da vinculação à lei, do devido processo legal e da segurança jurídica.<sup>909</sup>

### 3.5 DO RESULTADO: A NORMA JURÍDICA (PREMISSA MAIOR) E OS POSSÍVEIS APERFEIÇOAMENTOS

O Direito deve “destilar-se em concretas regras de dever-ser”.<sup>910</sup>

Ante o exposto ao longo de todo este trabalho, com destaque para o conteúdo aduzido no item anterior – 3.4 –, e, sobretudo, por força do texto do art. 67, *caput*, da LFRE, como posto atualmente,<sup>911</sup> é adequado propor a norma jurídica (*regra jurídica*) nele contida nos seguintes termos:<sup>912</sup>

*Os créditos efetivamente concedidos ao devedor, especificados no plano de recuperação ou atinentes ao curso normal dos negócios, devem ser classificados como extraconcursais em caso de a sua falência ser decretada, quando advirem de obrigações originalmente pactuadas em data posterior à data*

*(i) em que o plano de recuperação restar tacitamente aprovado por todos os credores (ut art. 55 c/c art. 58, caput, da LFRE).* Caso isso não ocorra:

<sup>909</sup> Cf. o STF: “2. A violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas infraconstitucionais, configura ofensa reflexa ao texto constitucional.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. AgReg no AI 785790. Relator: Min. Gilmar Mendes. *DJe* 29 jun. 2011).

<sup>910</sup> ENGISCH, 2008, p. 76.

<sup>911</sup> Cf. Becker: “O jurista, para fazer ciência, não necessita afastar-se do Direito Positivo e procurar, como já foi tentado uma vez, a ciência jurídica no Direito Natural, como substitutivo da pouca ou nenhuma ciência que supunha existir na interpretação das leis. A história do Direito Natural é a história de uma grande evasão. A história da verdadeira ciência jurídica começa quando o cansaço daquela fuga induziu o jurista a voltar e a compreender que aquilo que ele procurava fazer fora de casa, podia fazê-lo dentro de seus próprios muros, onde, pelo longo abandono, existe angustiante desordem e muitíssima coisa ainda para fazer.” (BECKER, 2002, p. 55).

<sup>912</sup> Cf. Engisch: “Subentendemos que as regras de um ordenamento jurídico contêm um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos.” (ENGISCH, op. cit., p. 118).

*(ii) em que a assembleia-geral de credores tiver aprovado o plano de recuperação (ut art. 45, §§1º, 2º c/c art. 58, caput, da LFRE). Caso isso não ocorra:*

*(iii) em que tiver sido proferida pelo juiz a decisão que concede o pedido de recuperação judicial (ut art. 58, §§1º, 2º da LFRE). Caso isso não ocorra, o conteúdo normativo do art. 67, caput, da LFRE não será aplicado ao caso sub judice, e a falência do devedor deve ser decretada.*

Para a regra acima descrita ser excepcionada, é imprescindível que o devedor, por meio de petição fundamentada, exponha a situação fática que implica a exceção, de modo que os requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, sejam comprovados. Ao juiz caberá, preferencialmente depois de ouvir o administrador judicial, julgar o pedido. Da decisão caberá agravo de instrumento (art. 522 e ss. do CPC).

Procedimento semelhante, ressalta-se, caberá ao comitê de credores quando o afastamento do devedor, conforme estabelecido na letra c, inciso II, do art. 27 da LFRE:

c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

As propostas abaixo mencionadas destinam-se, essencialmente, ao legislador, e almejam aumentar a probabilidade de a recuperação judicial lograr êxito ao longo de sua presença no ordenamento jurídico.

Mesmo que o legislador mantenha o alcance do art. 67, caput, da LFRE como se entende que está posto hoje – período posterior à concordância dos credores ou mesmo após a decisão que constitui o estado de recuperação –, o dispositivo pode ser aperfeiçoado, a fim de garantir-lhe maior eficácia e segurança jurídica. Exemplifica-se: compensar os credores, via dedução de tributos, concursais que deixarão de receber em face da constituição de créditos extraconcursais na tentativa de se recuperar o devedor e de se preservar a empresa, por força dos benefícios sociais que daí resultaram ou resultariam.

Caso o legislador venha a optar por ampliar o alcance do art. 67, caput, da LFRE para o período posterior à distribuição do pedido ou do despacho inicial, parece ser essencial o estabelecimento de limites que assegurem a efetividade da eficácia dos direitos dos credores. Exemplifica-se:

(i) Definir um padrão acerca da situação fática para que os devedores possam continuar fazendo uso de seus ativos ao longo do processo e do estado de recuperação judicial, tendo como critérios alguns fatos relevantes relacionados ao si próprios, como sujeitos de direito, e à atividade empresarial por eles exercida, como objeto de tutela jurídica. Por exemplo: a) valores dos ativos (inclusive recebíveis); b) valores dos débitos em cada um das classes; c) valor de mercado, se listada em bolsa; d) quantidade de funcionários; e) quantidade de sócios; f) sistema de governança corporativa, o que pressupõe o funcionamento de um Conselho de Administração; g) projeto de sucessão; h) tipo de sociedade empresária; i) relevância para a comunidade em que possui as suas fábricas ou estabelecimentos; j) valores pagos a título de tributo dentro de um determinado período de anos.

Tudo a fim de permitir uma aproximação mais segura e geral entre o direito de constituir créditos extraconcursais e às situações fáticas possíveis.<sup>913</sup>

(ii) O tamanho da atividade empresarial, no que tange ao número de funcionários, presença no mercado, relevância dos seus produtos e do segmento em que atua, história e projetos possíveis, são alguns dos elementos que justificam um aumento da eficácia do princípio da preservação da empresa.<sup>914</sup>

(iii) Fixar um período anterior ao ajuizamento da ação de recuperação, dentro do qual os créditos referentes às obrigações originalmente pactuadas, também seriam considerados extraconcursais.

---

<sup>913</sup> Cf. Montenegro: “Esta opción, no puede resolverse mediante el establecimiento de un criterio rígido de selección en el momento de la apertura del procedimiento, sino que, requiere de la confección de un standard de empresa conservable que contenga unas condiciones mínimas inderogables y objetivas para que el sistema pueda obrar con unas ciertas garantías de seguridad y generalidad.” (MONTENEGRO, 2008, p. 227).

<sup>914</sup> Cf. Couto e Silva: “é nas sociedades anônimas – por serem sociedades de capital – que se concentra uma valorização objetiva, de onde podem partir idéias que poderiam levar a uma concepção da “empresa em si”, *Unternehmen an sich*, como preconizam Walter Rathenau e Michel Despax.” (COUTO E SILVA, 1986, p. 27).

(iv) Definição de um limite dos ativos, sempre que comprovado pelo devedor que a crise por ele vivida é de natureza financeira, ou seja, ausência de liquidez – disponibilidade de dinheiro –, não obstante o seu patrimônio líquido ser positivo, ou até expressivo.

(v) A possibilidade de o devedor já apresentar, com o pedido, um plano de recuperação, o qual, se recusado por um determinado número de credores com garantia real, após serem intimados pessoalmente, limita o uso dos ativos como novas garantias para os credores. O prazo para a manifestação dos credores não precisaria ser superior a 15 dias, e a eventual recusa deveria ser fundamentada, e submetida ao juiz falimentar para apreciação no prazo também não superior a 15 dias. Caberia ao devedor, no mínimo, se preparar para manter as atividades em funcionamento durante estes 15 dias. Neste sentido, vale recordar que o art. 14 do Projeto de Lei n. 4.376, de 1993, previa procedimento semelhante:

Determinava que já com a publicação do despacho que determinasse o processamento do pedido de recuperação fosse publicado o resumo do plano de recuperação econômica e financeira, para que os credores pudessem se manifestar no prazo de 10 dias.<sup>915</sup>

Por fim, anotam-se as observações de Ferro, para quem compete ao Estado, mais precisamente no âmbito do Poder Judiciário, formar e capacitar pessoas que consigam (a) interpretar os aspectos econômico-financeiros da realidade e dar respostas; (b) facilitar a comunicação entre todos os órgãos que devem administrar uma justiça comercial na medida em que isso é exigido pela realidade; e (c) prover a sociedade de juizados especializados em matérias de natureza mercantil.<sup>916</sup> Daí a necessidade de verificar se atualmente o judiciário está preparado para dar respostas à sociedade e aos mercados:

La pregunta que hay que hacerse en este aspecto es si hoy la justicia comercial esta en condiciones de dar una respuesta a la sociedad, y a los mercados, frente a una crisis de esta naturaleza: seguramente la realidad de los hechos nos dará la respuesta.<sup>917</sup>

A conjugação dos fatores acima poderá, acredita-se, aperfeiçoar o conteúdo do art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, e instigar o legislador e demais interessados a aprofundar o estudo da recuperação judicial, aproximando-a cada vez mais da realidade existente, e na qual seus objetivos e princípios devem ser concretizados.

<sup>915</sup> BRASIL, 1993, p. 1975.

<sup>916</sup> FERRO, 2008, p. 234.

<sup>917</sup> *Ibid.*, p. 234.



## CONCLUSÃO

Como um fechamento, sem que simplesmente se repita aqui – de modo resumido – todo o exposto, mas sim a partir do conteúdo deste trabalho, e com o intuito exclusivo de contribuir para a consolidação e êxito da Recuperação Judicial é que, além de propor uma interpretação para o art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, se aduzem os apontamentos que abaixo seguem a título de conclusão:

1. A eficácia de todos os princípios, e mesmo das regras em caráter excepcional, é passível de ser restringida no caso concreto, porque, assim como ocorre com os valores, nenhum deles possui caráter absoluto. O aumento da eficácia de um princípio reflete na restrição da eficácia de outro que com aquele se mantinha em um estado de tensão. Isso significa dizer que todo princípio deve-se deixar contrastar. No entanto, a restrição excessiva ou contínua de um dos princípios, restringe a eficácia de todos os demais, inclusive daquele que em um primeiro momento se desejou privilegiar. Isso porque há uma conexão entre todos os princípios pertinentes a um instituto jurídico como o da recuperação judicial.

1.1 Conferir preponderância absoluta ou mesmo *a priori* para quaisquer princípios, como, por exemplo, ao princípio da preservação da empresa sobre o princípio da preservação e efetividade dos créditos, ou vice-versa, significa, já de plano, violar, através do princípio da eficiência econômico-jurídica, todo o conjunto de princípios formadores do subsistema da recuperação judicial.

2. A recuperação judicial é um instituto de natureza econômico-processual, cujo conceito pode ser formulado nos seguintes termos: recuperação judicial é um processo judicial *sui generis*, formal e materialmente estruturado, que, iniciado com o ajuizamento da ação, importará, quando preenchidas todas as condições exigidas pela lei, na concessão pelo juiz de uma nova e planejada oportunidade para o devedor adimplir as suas obrigações sem inviabilizar a preservação da empresa por ele exercida, e, assim, recuperar-se da crise econômico-financeira em que se encontra, sob pena de ter a sua falência decretada.

3. A escassez aumenta o valor do bem, no caso do devedor em recuperação, o custo do crédito. Quanto maior o risco, maior o custo. Enquanto as necessidades humanas têm se

revelado infinitas, os recursos para satisfazê-las são, além de finitos, limitados. O processo econômico, deste modo, consiste na administração dos recursos escassos à disposição das pessoas. Por tais razões, a alocação de novos recursos em uma atividade empresarial, sem que seja realizada uma análise objetiva e precisa da sua viabilidade, o que pressupõe que sejam considerados os fatores geradores da crise, a situação atual e os possíveis cenários futuros em todos os seus aspectos – crédito, estrutura do capital, riscos, pontos fortes e frágeis, mercado *et al.* –, tende, fortemente, em implicar na restrição da eficácia de todos os princípios atinentes à recuperação judicial, pois a efetividade dos bens jurídicos é à toa eliminada, e a essência do processo econômico contrariada.

4. Aplica-se ao processo de ponderação de princípios realizado com o intuito de interpretar dispositivos da Lei n. 11.101, de 2005, normas metódicas que visam estruturá-lo e explicitá-lo, aqui denominados de deveres de medida – igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso –, sobretudo quando se atribuirá prevalência imediata a um ou outro princípio tendo em vista a recuperação do devedor ou a satisfação dos interesses dos credores. A ponderação realizada pelo juiz deverá examinar (i) o montante devido, individual e coletivamente; (ii) a representatividade destes valores para a preservação das atividades exercidas pelos credores; (iii) a quantidade de credores; (iv) a relevância destes credores para a comunidade em que atuam, e conecte todos estes elementos entre si para, só então, passar ao exame da interpretação e aplicação da norma jurídica.

5. A aplicação do dever de igualdade na seara da recuperação judicial demanda que sejam respondidas as seguintes perguntas: a) desigualdade entre quem ou no quê (pessoas ou posições)? b) desigualdade em relação a quê (fator de discriminação)? c) desigualdade para quê (justificativa e objetivo)? d) desigualdade até que medida (alcance)?

E, posteriormente, compete ao intérprete investigar as respostas a estas indagações: (a) a discriminação encontra, à luz das conexões entre os elementos que a compõe, fundamento formal e material na Constituição e na lei pertinente? (b) quais os argumentos que fundamentam os bens jurídicos objetivados pela discriminação, e quais são os que fundamentam os bens que serão por ela restringidos? (c) a ponderação dos princípios jurídicos vinculados a tais bens, sob a luz dos deveres de razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso, recomenda a discriminação? (d) Qual o alcance desta recomendação?

6. O dever de razoabilidade, aplicável ao processo de interpretação dos artigos da Lei n. 11.101, de 2005, pode ser sintetizado em quatro pontos: (a) a razoabilidade exige correspondência entre o conteúdo da lei, a situação fática e a conduta estatuída na norma; (b) a razoabilidade impõe à distinção de tratamento a exigência de uma justificativa efetivamente presente, no plano dos fatos, em condição especial correspondente àquela distinção; (c) não é razoável a norma que, para a sua aplicação, desconsidera, no caso concreto, a presença dos elementos condicionantes para a promoção do objetivo que a justifica; (d) a razoabilidade mantém correspondência com as circunstâncias caracterizadoras de um momento ou contexto.

7. Na recuperação judicial, o dever de proporcionalidade reclama a análise entre a possibilidade de se recuperar o devedor ou de se preservar a empresa, e a efetiva eficácia dos direitos dos credores ao longo do processo de recuperação judicial, pois a relação entre os meios e os objetivos sempre estará relacionada a tais aspectos. Para tanto, deve-se investigar: (i) o meio promove o objetivo? (ii) há outro meio que restrinja menos os direitos? (iii) as vantagens tocantes ao objetivo correspondem às desvantagens provocadas pelo meio?

E, na sequência, verificar: **a)** O meio indicado é suficientemente capaz para realizar o objetivo identificado como justificador de sua implantação? a.1) Quais são os elementos fáticos e jurídicos que revelam a correspondência lógica e material entre o meio e o objetivo fixado? a.2) A base de tais elementos é empírica (expectativa) ou científica (comprovada)? **b)** Quais são os outros meios adequados e viáveis para igualmente se alcançar o objetivo? b.1) Quais são os efeitos advindos da relação entre todos os meios (os viáveis e aquele *sub examine*) e os direitos e bens jurídicos a eles vinculados, sob o ângulo da restrição da eficácia (jurídica) e efetividade (fática) deriva do emprego de cada um dos meios em prol do objetivo determinado? b.2) Dentre todos os meios adequados e viáveis, qual é o que menor restrição impõe aos direitos – constitucionais e legais – e aos bens jurídicos por eles protegidos? **c)** Quais são as vantagens e as desvantagens concernentes ao emprego do meio e à concretização do objetivo? c.1) As vantagens decorrentes da consecução do objetivo mantêm relativa simetria com as desvantagens geradas pelo uso do meio no caso concreto? c.2) As vantagens obtidas são relativamente simétricas às desvantagens (restrições) irradiadas sobre os direitos e bens de todas as pessoas que neles têm interesse enquanto cidadãos do Estado de Direito? c.3) A análise simétrica das vantagens e desvantagens revela *superavit* ou *deficit*?

8. Na recuperação judicial, o dever de proibição de excesso estabelece, como limite dos limites, que a eficácia de um princípio não poderá ser privilegiada a ponto de restringir a efetividade da eficácia de outro princípio colidente, sobretudo de modo permanente ou irreversível, sem que os titulares do direito restringido concordem, tácita ou expressamente, com tamanha restrição.

8.1 O princípio da recuperação do devedor, e, por conseguinte, o princípio da preservação da empresa, tem a função primária de viabilizar o adimplemento das obrigações contraídas pelo devedor, sem que a atividade empresarial seja forçada à extinção. Assim, por força do dever de proibição de excesso, é inadmissível que o Estado-juiz invoque o interesse social na conservação da atividade empresarial para eliminar a efetiva eficácia do princípio da satisfação dos interesses dos credores, e seus corolários, mormente quando a restrição ocorrer de forma permanente ou irreversível, sem que a concordância, tácita ou expressamente, dos credores.

9. Da relação estabelecida entre os princípios diretamente vinculados à recuperação do devedor e à satisfação dos interesses dos credores ainda se exige que ocorra de uma forma que promova a eficiência econômico-jurídica dos recursos e direitos que integram o processo de recuperação judicial. Para tanto, é imprescindível que todas as medidas levem em consideração o objetivo comum de se maximizar os ativos das partes – devedor e credores –, bem como, se tenha atenção para evitar qualquer tipo de enriquecimento ilícito, objetivos que estão vinculados à celeridade e à transparência processual com que todas as partes interessadas agem, dentro e fora do processo.

10. As regras jurídicas estabelecidas na Lei n. 11.101, de 2005, resultam da objetivação dos princípios pertinentes à recuperação judicial, realizada pelo legislador. A sua aplicação contribui para a promoção do conjunto de princípios, com destaque para os princípios da cooperação, segurança jurídica, igualdade entre os credores e maximização dos ativos. Entende-se, assim, que eventual conflito entre qualquer um dos princípios da recuperação e as regras constantes na Lei, estas deverão ser priorizadas, salvo casos extraordinários, nos quais os princípios subjacentes deverão ser objeto de ponderação.

11. A preservação de toda a atividade empresarial e a recuperação de todos os empresários e sociedades empresárias que se encontram em crise econômico-financeira são medidas ótimas para toda a sociedade, desde que não prejudiquem – e muito menos ponham em risco – a própria sociedade. Constatar isso parece ser lugar comum, todavia, reclama que se admita não ser recomendável – imaginando-se que fosse viável – preservar empresas privadas e recuperar empresários e sociedades empresárias – incapazes de adimplir com as suas obrigações – a qualquer custo. O olhar perspicaz sobre a realidade do mercado e o ambiente corporativo tende a fornecer mais subsídios para se disciplinar a conduta das pessoas vinculadas à ação de recuperação judicial do que parece ter fornecido a fonte na qual o legislador se socorreu.

11.1 O forte apelo social que circunda o princípio da preservação da empresa; as funções que ele exercer – função de defesa relativa diante de pretensões lícitas e legítimas; o limite fático imposto à sua eficácia pela própria atividade – inviabilidade econômico-financeira; e o limite jurídico que também lhe é imposto – eficácia dos direitos sobre os quais se apoiam os interesses dos credores –, são aspectos que tornam ainda mais relevante o exame da interpretação que o invoca como razão de decidir a partir dos deveres de medida.

12. Na recuperação judicial o princípio da preservação da empresa é invocado, em última análise, em decorrência do inadimplemento de obrigações contraídas pelo devedor, ou seja, pelo sujeito que exerce a atividade empresarial. A sua eficácia efetivamente deflagrada na recuperação judicial com o despacho que defere o processamento do pedido. O seu alcance terá atingido a sua plenitude com a concessão do pedido, e consolidar-se-á com o rigoroso adimplemento das obrigações constantes no plano de recuperação, em especial nos 2 anos seguintes ao deferimento do pedido.

13. A viabilidade da atividade empresarial exercida pelo devedor é requisito essencial para a recuperação do devedor, sem o qual não cabe invocar o princípio da preservação da empresa, cuja eficácia está condicionada à cooperação voluntária da maioria dos credores para validar e confiar na execução de um plano de reorganização que, não raro, aumentará o risco de os créditos não serem satisfeitos. Por conseguinte, o entusiasmo da doutrina e das decisões judiciais deve ser, no mínimo, contido, a fim de abrir espaço para a eficácia das regras jurídicas postas pelo legislador, bem como, para a concretização de outros princípios

relevantes para o subsistema da recuperação judicial, em especial ao princípio da satisfação dos interesses dos credores.

14. A Lei n. 11.101, de 2005, reserva aos interesses dos credores um espaço central, a partir do qual se estabelecerá a possibilidade ou não de o próprio pedido de recuperação judicial ser concedido. Isto significa que não apenas a participação ativa dos credores, em especial na assembleia que deliberar acerca do plano, é essencial, como é a necessidade de a maioria deles, nos termos fixados na lei, concordar com as mudanças acerca do conteúdo das relações obrigacionais que os vinculam ao devedor. A probabilidade de os credores concordarem com o plano torna-se maior na medida em que restar contemplada a preservação e a efetivação dos créditos, observando-se o princípio da igualdade entre os credores, inclusive quanto às classes.

15. Os objetivos da recuperação judicial somente serão alcançados se forem compreendidos e respeitados em seu conjunto, o qual somente poderá ser concretizado quando a tentativa de se recuperar o devedor ou de se preservar a empresa não restringir excessivamente ou esvaziar a eficácia ou a efetividade dos direitos dos credores. Por outro lado, o objetivo de satisfazer as obrigações contraídas pelo devedor poderá, sim, importar no término da atividade empresarial e na falência do devedor, quando tentar preservar a atividade ou recuperar o devedor implicar a restrição exagerada ou o esvaziamento da eficácia ou da efetividade dos direitos dos credores.

16. Das cinco hipóteses inicialmente delineadas, três delas, em ordem sucessiva, podem ser consideradas como adequadas para a interpretação do texto do art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, pois são as únicas que se enquadram aos deveres de medida – igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excesso – aplicáveis às ponderações entre os princípios e direitos subjacentes à regra contida no texto legal, e, por isso, as únicas que efetivamente promovem o conjunto de objetivos e princípios pertinentes ao subsistema jurídico da recuperação judicial, atentando-se para as influências recíprocas que os mantêm em estreita conexão. Destarte, a norma jurídica (regra, como espécie) contida no art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, pode ser formulada nestes termos:

*Os créditos efetivamente concedidos ao devedor, especificados no plano de recuperação ou atinentes ao curso normal dos negócios, devem ser classificados como extraconcursais em caso de a sua falência ser decretada, quando advirem de obrigações originalmente pactuadas em data posterior à data*

*(i) em que o plano de recuperação restar tacitamente aprovado por todos os credores (ut art. 55 c/c art. 58, caput, da LFRE). Caso isso não ocorra:*

*(ii) em que a assembleia-geral de credores tiver aprovado o plano de recuperação (ut art. 45, §§1º, 2º c/c art. 58, caput, da LFRE). Caso isso não ocorra:*

*(iii) em que tiver sido proferida pelo juiz a decisão que concede o pedido de recuperação judicial (ut art. 58, §§1º, 2º da LFRE). Caso isso não ocorra, o conteúdo normativo do art. 67, caput, da LFRE não será aplicado ao caso sub judice, e a falência do devedor deve ser decretada.*

16.1 A regra acima poderá ser excepcionada quando o devedor, por meio de petição fundamentada, expor a situação fática que a justifique e comprovar os requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC. Ao juiz caberá, preferencialmente depois de ouvir o administrador judicial, julgar o pedido. Da decisão caberá agravo de instrumento (art. 522, CPC).

16.2 O procedimento assemelha-se ao estabelecido na Lei n. 11.101, de 2005, para o comitê de credores, quando do afastamento do devedor, alienar bens do ativo permanente, constituir ônus reais e outras garantias, “bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial” (art. 27, II, c, LFRE).

16.3 A interpretação do art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, que vier a se consolidar valerá para todas as pessoas vinculadas aos milhares de processos de recuperação judicial, e seus efeitos, por conseguinte, refletir-se-ão nas decisões acerca das estratégias atinentes (a) ao ajuizamento da ação; (b) às deliberações e às decisões referentes à concessão de crédito e ao plano de recuperação do devedor; (c) a todas as atividades empresarias exercidas por

devedores em crise econômico-financeira; (d) ao efetivo adimplemento das obrigações. E, naturalmente, na consolidação exitosa da recuperação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, o que pressupõe a concretização de seus objetivos e de seus princípios.

Os acontecimentos futuros – fáticos e jurídicos – indicarão se a norma jurídica aqui proposta, construída por meio da interpretação do art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101, de 2005, está correta ou não.



**REFERÊNCIAS**

AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Anshgate, 1997.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoría da argumentación jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: [s.n.], 2007a.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007b.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11.101/2005*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2003.

ALTEMANI, Renato Lisboa; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Manual de verificação e habilitação de créditos na lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ÁLVARES, Walter T. *Direito falimentar*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANDRADE, Jorge Pereira. *Direito falimentar*. São Paulo: Brasiliense, [s.d.].

ARAÚJO, José Francelino de. *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ASCARELLI, Tullio. O empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de direito mercantil industrial, econômico e financeiro*, v. 36, n. 109, p. 183-189, 1989.

\_\_\_\_\_. *Introducción al derecho comercial y parte general de las obligaciones comerciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1947a.

ASHTON, Peter Walter. A atividade econômica do Estado na República Federal da Alemanha. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 13, p. 9-31, 1989.

\_\_\_\_\_. *A classificação dos créditos*. Centro Acadêmico André da Rocha da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1975. p. 51-68.

\_\_\_\_\_. O declínio da intervenção estatal na economia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 10, jul. 1994.

\_\_\_\_\_. O direito econômico e o direito empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 26, dez. 2006b.

\_\_\_\_\_. O direito econômico e o direito empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, 2006a.

\_\_\_\_\_. A nova lei falimentar alemã. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 31, p. 1-201, 2005.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 104, out./dez., 1996.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-humberto-avila.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-humberto-avila.pdf)>. Acesso em: 16 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1999.

\_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [19--].

BARICHELLO, Stefania Eugenia. A importância da análise econômica na nova lei de recuperação de empresas e falência. In: JAVIER BATELLO, Silvio (Org.). *Principais controvérsias na nova Lei de Falência*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: SALOMÃO LEITE, George (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BATTELLO, Silvio Javier (Org.). *Principais controvérsias na nova lei de falências*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Nova lei de recuperação e falências*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BIOLCHI, Osvaldo. Apresentação. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLUM, Brian. *Bankruptcy and debtor/creditor*. Boston. Little, Brown, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BORGARELLO, Luisa Isabel. ¿Es la conservación de la empresa el objetivo fundamental del derecho concursal? In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 4. 2008, Montevideo. *Crisis de la economía mundial e concursalidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.707, de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 1º ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 4.376, de 1993 (Do Poder Executivo). *Diário do Congresso Nacional* 22 fev. 1994, p. 1974-1989. Disponível em:  
<[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=22/02/1994&txpagina=1974&altura=650&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=22/02/1994&txpagina=1974&altura=650&largura=800)>. Acesso: 10 jan. 2012.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC n. 71, de 2003*. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/86307.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. *Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania*. Relator Senador Fernando Bezerra, p. 1-2. Disponível em:  
<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=27351&tp=1>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A empresa na ordem jurídico-econômica*. Porto Alegre: Fabris, 2010.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. Sobre os princípios constitucionais tributários. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 55, 1991.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. 1: artigos 206 a 242.

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1: artigos 1º a 74.

CLAESSENS, Stijn; KLAPPER, Leora F. Bankruptcy around the world: explanations of its relative use. *American Law and Economics Review*, Oxford, v. 7, n. 1, 2005, p. 279.

Disponível em:

<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/Bankruptcy.pdf> . Acesso em: 2 fev. 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Comentários à nova Lei n. de Falências e de recuperação de empresas: Lei n. n. 11.101, de 9-2-2005*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Luiz Antonio Silva. *A Lei de recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: anotada e confrontada com o DL nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. São Paulo: Lex, Aduaneiras, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de empresa no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 613, nov. 1986.

\_\_\_\_\_. *A obrigação como processo*, São Paulo: José Buschatsky, 1976.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.

CRETELLA NETO, José. *Nova lei de falências e recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 09.02.2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DERZI, Misabel de Abreu M., FRATTARI, Rafael. Dispositivos do CTN – Lei n. 11.101/05. In: LIMA, Osmar Brina Corrêa; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DICIONÁRIO Houaiss: sinônimos e antônimos. 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Calouste, 2008.

EPSTEIN, David G.; NICKLES, Steve H.; WHITE, James J. *Bankruptcy*. St. Paul, Minn.: West, 1993.

ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973.

FATORES Condicionantes e Taxa de Mortalidade de Empresas no Brasil/2003-2005. 2007. Disponível em: <[http://www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade\\_2003\\_2005.pdf](http://www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade_2003_2005.pdf)>. Acesso em: 4 jan. 2010.

FAZZIO JUNIOR. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 15.

FERRIELL, Jeffrey Thomas; JANGER, Edward J. *Understanding Bankruptcy*. New York: LexisNexis, 2007.

FERRO, Carlos Alberto. Crisis económica, financeira y desequilibrios económicos. In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 4. 2008, Montevideo. *Crisis de la economía mundial e concursabilidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. Comentários ao art. 64 a 69. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. *The New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Curso de direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Temis, 1987. v. 5.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HANSON, Jon D., HART, Melissa R. Law and economics. In: A COMPANION to philosophy of law and legal theory. Cambridge: Blackwell, 1996.

HARRISON, Jeffrey L. *Law and economics in a nutshell*. 4. ed. [s.l.]: Thomson/West, 2007.

HECK, Luís Afonso. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: SALOMÃO LEITE, George (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. *¿Que es la justicia?* Traducción Ernesto Garzón Valdéz. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2006a.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, p. 54-60, out./dez. 1992

LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Hermenêutica jurídica*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOBO, Jorge. Comentários ao art. 47 a 69. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.

MALUF, Clóvis Antônio; FARIA, William Marinho de. *A lei de recuperação: comentada e comparada*. 2. ed. Osasco: Edifício, 2008.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law*. Lucerne: Springer, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Being apart from reasons*. The role of reasons in public and private moral decision-making. Dordrecht, Netherlands: Springer, 2006.
- MILANI, Mario Sergio. *Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1996.
- MONTENEGRO, Alicia Ferrer. Conservación vs. liquidación. La alternativa en los concursos? In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 4. 2008, Montevideo. *Crisis de la economía mundial e concursabilidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao art. 55 a 69. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NOSTRE, Guilherme Alfredo de Moraes. Comentários ao art. 179 a 182. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005, artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. Comentários ao art. 45. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OCHOA, Roberto Ozelame; WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Recuperação empresarial: nova lei de falências e novo direito penal falimentar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova lei de falências*. São Paulo: Thomson IOB, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101, de 2005, e a alteração da Lei nº 11.127, de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Comentários ao art. 1º da LFRE. In SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Dissolução e liquidação de sociedades*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

\_\_\_\_\_. *Estudo introdutório ao livro de Celso Barbi Filho: dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005a.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005b.

PIOSSEK, Carlos Roberto Antoni; CRISTOFARO, Giovana E. Del. Hacia dónde arrostra el derecho concursal? Debe romper el cerco para que la empresa dure? In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 4., Montevideo, 2008. *Crisis de la economía mundial e concursalidad*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à ciência do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [19-?] v. 3: Ações Constitutivas.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1, v. 30.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 2. ed. Boston: Little Brown, 1977.

\_\_\_\_\_. *The economics of justice*. Harvard: Harvard University, 1983.

POZO MARTÍNEZ, José L. La nueva legislación concursal española. In: DERECHO comercial y de las obligaciones. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. v. 207.

PROENÇA, Alencar Mello. *Direito agrário*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

RENCK, Renato Romeu. *Imposto de renda da pessoa jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas: de acordo com a lei 11.101, de 09-02-2005*. Barueri, SP: Manole, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Súmulas*. 2. ed. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas, 2010.

RODRIGUEZ OLIVEIRA, Nuri. *Regímenes concursales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003.

ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, v. 10, n. 1, 2004. Disponível em:  
<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762004000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762004000100002)>  
Acesso em: 23 jan. 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Introdução. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005 - artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. *Facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civita, 2006.

- SANTOS, Hermílio. Elementos para uma análise do estado contemporâneo: em torno das políticas públicas. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SANTOS, Paulo Penalva. *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SARLO, Jorge Tarsis Nametala. *Manual das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Renovar, Rio de Janeiro, 1999.
- SCHWARTZ, Alan. The law and economics approach to corporate bankruptcy. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Direito empresarial: falimentar e recuperação empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6. p. 25-53.
- SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Fatores condicionantes e taxa de mortalidade de empresas no Brasil/2003-2005*. 2007. Disponível em: <[www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade\\_2003\\_2005.pdf](http://www.ibmex.com.br/artigos/Mortalidade_2003_2005.pdf)>. Acesso: 4 jan. 2010.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SOUZA, Marcos Andrey de. Comentários aos art. 51 a 54. In: DE LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SZTAJN, Raquel. Comentários ao art. 47 a 54. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005; Artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel. ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TABB, Charles Jordan; BRUBAKER, Ralph. *Bankruptcy law: principles, policies, and practice*. 2. ed. New York: LexisNexis, 2006.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresa e falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. A propriedade privada entre o direito civil e a constituição. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 126, abr./jun. 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TURCZYN, Sidnei. *O sistema financeiro nacional e a regulação bancária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências: Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de setembro de 1945*. 4. ed. rev. e atualizada por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *A lei de falência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ariel, 1934. 3 v.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1: Teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis – introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Raquel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. Comentários ao art. 47 a 49. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 74. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência Lei 11.101-2005: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005a.

\_\_\_\_\_. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005b.

**RELAÇÃO DE JULGADOS**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª S. AgRg no CC 112.646. Relator: Min. Herman Benjamin, *DJe* 17 maio 2011.

\_\_\_\_\_. CC 79.170. Relator: Min. Castro Meira. *DJ* 19 set. 2008.

\_\_\_\_\_. CC 79.170. Relator: Min. Castro Meira. *DJ* 19 set. 2008.

\_\_\_\_\_. 1ª S.. AgRg no CC 112646. Relator: Min. Ministro Herman Benjamin, *DJe* 17 maio 2011.

\_\_\_\_\_. REsp 1162307. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe* 03 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. AgRg no Ag 757759. Relator: Min. José Delgado. *DJ* 17 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. AgRg no REsp 1016213. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe* 05 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. AgRg no REsp 858490. Relatora: Mina. Denise Arruda, *DJe* 11 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. REsp 701680. Relator: Min. José Delgado. *DJ* 19 dez. 2005.

\_\_\_\_\_. REsp 803.435. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. *DJ* 18 dez. 2006.

\_\_\_\_\_. REsp 810.052. Relatora: Min. Teori Albino Zavascki. *DJ* 08 jun. 2006.

\_\_\_\_\_. REsp 842781. Relatora: Mina. Denise Arruda *DJ* 10 dez. 2007.

\_\_\_\_\_. REsp 887238. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. *DJ* 30 nov. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª S. AgRg no CC 101628. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJe* 1º jun. 2011.

\_\_\_\_\_. AgRg no CC 110.250, Relatora: Mina. Nancy Andrichi. *DJe* 16 set. 2010.

\_\_\_\_\_. AgRg no CC 86.594. Relator: Min. Fernando Gonçalves. *DJ* 01 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. AgRg nos EDcl no CC 87263. Relator: Min. Ari Pargendler, *DJe* 21 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. CC 108.457. Relator: Des. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. convocado do TJAP). *DJe* 23 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. CC 111.074. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *DJe* 04 out. 2010.

\_\_\_\_\_. CC 111.645. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *DJe* 08 out. 2010.

\_\_\_\_\_. CC 112.716. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Relatora para o acórdão Mina. Nancy Andrichi. *DJe* 20 maio 2011.

\_\_\_\_\_. CC 98.264. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJ* 06 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. REsp 111.294. Relator: Min. Castro Filho. *DJ* 10 set. 2007.

\_\_\_\_\_. REsp 844.279. Relator: Min. Luis Fux. *DJ* 19 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 1.130.103. Relator: Min. Castro Meira. *DJ* 30 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. REsp 109710. Relator: Min. Hélio Mosimann. *DJ* 22 abr. 1997.

\_\_\_\_\_. REsp 112.111. Relator: Min. Adhemar Maciel. Relator para o acórdão Min. Ari Pargendler. *DJ* 14 fev. 2000.

\_\_\_\_\_. REsp 196.058. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 21 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. REsp 268.286. Relator: Min. Franciulli Netto. *DJ* 11 abr. 2005.

\_\_\_\_\_. REsp 594927. Relator: Min. Franciulli Netto. *DJ* 30 jun. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp 597944. Relator: Min. Franciulli Netto. *DJ* 18 out. 2004.

\_\_\_\_\_. REsp 618.571. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 19 dez. 2006.

\_\_\_\_\_. REsp 623367. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 09 ago. 2004.

\_\_\_\_\_. REsp 662397. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJ* 01 fev. 2005.

\_\_\_\_\_. REsp 678.102. Relatora: Min. Franciulli Netto. *DJ* 25 abr. 2005.

\_\_\_\_\_. REsp 1238890. Relator: Min. Humberto Martins. *DJe* 24 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T. AgRg no REsp 1089092. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 29 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. REsp 1259018. Relatora: Mina. Nancy Andrigui. *DJe* 25 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. REsp 315.915. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 04 fev. 2002.

\_\_\_\_\_. REsp 334829. Relatora: Mina. Nancy Andrigui. *DJ* 04 fev. 2002.

\_\_\_\_\_. REsp 411529. Relatora: Mina. Nancy Andrigui. *DJe* 05 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. REsp 450129. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. *DJ* 16 dez. 2002.

\_\_\_\_\_. REsp 453.476. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. *DJ* 12 dez. 2005.

\_\_\_\_\_. REsp 646.221. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, Relatora para o acórdão Mina. Nancy Andrigui. *DJ* 30 maio 2005.

\_\_\_\_\_. REsp 782.901. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 20 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. REsp 802.324. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 01 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. REsp 959.695. Relatora: Mina. Nancy Andrighi. *DJe* 10 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. RMS 30686. Relator: Min. Massami Uyeda, *DJe* 20 out. 2010.

\_\_\_\_\_. REsp 1.186.276. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *DJe* 03 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. REsp 1052.495. Relator: Min. Massami Uyeda. *DJe* 18 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. EREsp 111.294. Relator: Min. Barros Monteiro. *DJ* 22abr. 2002.

\_\_\_\_\_. REsp 1004910. Relator: Min. Fernando Gonçalves. *DJ* 04 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. REsp 1014153. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJe* 05 set. 2011.

\_\_\_\_\_. REsp 195848. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJ* 18 fev. 2002.

\_\_\_\_\_. REsp 242.603. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *DJe* 18 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. REsp 271.930. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJ* 25 mar. 2002.

\_\_\_\_\_. REsp 61.278. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. *DJ* 06 abr. 1998.

\_\_\_\_\_. REsp 741.053. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *DJe* 09 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. REsp 80481. Relator: Min. Barros Monteiro. *DJ* 17 dez. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. REsp 1107275. Relator: Min. Felix Fischer, *DJe* 04 out. 2010.

\_\_\_\_\_. REsp 622026. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. *DJ* 09 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC 101628. 2ª Seção. Relator: Min. João Otávio de Noronha. *DJe* 01 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Decisão monocrática, MC 16.662. Relatora: Mina. Maria Isabel Gallotti. *DJe* 11 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. AgRg em AI 142.348-1. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 24 mar. 1995.

\_\_\_\_\_. AgRg no AI 513.804. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *DJe* 01 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. AgRg no AI 646.103. Relatora: Mina. Cármem Lúcia. *DJe* 18 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. AgRg no AI 720614. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe* 01 jul. 2011.



- \_\_\_\_\_. AgRg no RE 598537. Relator: Min. Dias Toffoli. *DJe* 29 mar. 2011
- \_\_\_\_\_. HC 68530. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 12 abr. 1991.
- \_\_\_\_\_. HC 76.060-4. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* 15 maio 1998.
- \_\_\_\_\_. AgReg no AI 785790. Relator: Min. Gilmar Mendes. *DJe* 29 jun. 2011.
- \_\_\_\_\_. AgReg no AI 822570. Relatora: Mina. Ellen Gracie. *DJe* 29 jun. 2011.
- \_\_\_\_\_. AgRg no AI 482.317. Relatora: Mina. Ellen Gracie. *DJe* 15 mar. 2011
- \_\_\_\_\_. AgRg no AI 738.145. Relator: Min. Celso de Mello. *DJe* 25 fev. 2011
- \_\_\_\_\_. AgRg no AI 803.857. Relator: Min. Celso de Mello. *DJe* 17 mar. 2011.
- \_\_\_\_\_. AgRg no AI 812.678. Relatora: Mina. Ellen Gracie. *DJe* 08 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. AgRg no RE 559816. Relatora: Mina. Ellen Gracie. *DJe* 04 maio 2011.
- \_\_\_\_\_. AI 258049. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 04 maio 2001.
- \_\_\_\_\_. HC 71361. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJ* 23 set. 1994.
- \_\_\_\_\_. HC 88240. Relatora: Mina. Ellen Gracie. *DJe* 24 out. 2008.
- \_\_\_\_\_. RE 149.095-5. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJ* 03 abr. 1998.
- \_\_\_\_\_. RE 201819. Relator: Min. Gilmar Mendes. *DJ* 27 out. 2006.
- \_\_\_\_\_. RE 215107 AgRg. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 02 fev. 2007.
- \_\_\_\_\_. RE 221966-5. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJ* 10 set. 1999.
- \_\_\_\_\_. RE 422941. Relator: Min. Carlos Velloso. *DJ* 24 mar. 2006.
- \_\_\_\_\_. RE 89464. Relator: Min. Cordeiro Guerra. *DJ* 04 maio 1979.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ACO 615 AgR. Relator: Min. Néri da Silveira. *DJ* 15 fev. 2002.
- \_\_\_\_\_. ADI 1.355-6 MC. Relator: Min. Ilmar Galvão. *DJ* 23 fev. 1996.
- \_\_\_\_\_. ADI 1.753-2 MC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* 12 jun. 1998.
- \_\_\_\_\_. ADI 1643-1. Relator: Min. Maurício Côrrea. *DJ* 14 mar. 2003.
- \_\_\_\_\_. ADI 1800-1. Relator originário: Min. Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 28 set. 2007.

- \_\_\_\_\_. ADI 1950. Relator: Min. Eros Grau. *DJ* 05 jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. ADI 1976-7. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *DJ* 18 maio 2007.
- \_\_\_\_\_. ADI 2.579. Relator: Min. Carlos Velloso. *DJ* 26 set. 2003.
- \_\_\_\_\_. ADI 3934. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *DJe* 06 nov. 2009.
- \_\_\_\_\_. ADI 758-1 MC. Relator: Min. Celso de Mello, *DJ* 08 abr. 1994.
- \_\_\_\_\_. ADI 855-2 MC. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *DJ* 01 out. 1993.
- \_\_\_\_\_. ADPF 153. Relator: Min. Eros Grau. *DJe* 05 ago. 2010.
- \_\_\_\_\_. MS 23.452. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ* 12 maio 2000.
- \_\_\_\_\_. Rcl 6568. Relator: Min. Eros Grau. *DJe* 25 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. RE 203.954-3. Relator: Min. Ilmar Galvão. *DJ* 07 fev. 1997.
- \_\_\_\_\_. RE 377457. Relator: Min. Gilmar Mendes. *DJe* 19 dez. 2008.
- \_\_\_\_\_. RE 597994. Relatora: Mina. Ellen Gracie. *DJe* 28 ago. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câm. Cív. AI 70028119535. Relator: Des. Irineu Mariani, *DJ* 13 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. AI 70035160977. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. *DJ* 28 jun. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câm. Cív. AC 70026708834. Relator: Des. Leo Lima. *DJ* 25 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. AC 70034931477. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. *DJ* 01 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. AI 70031125966. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. *DJ* 29 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. AI 70031705163. Relator: Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. *DJ* 05 nov. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª C. Cív. AI 70040733479. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. *DJ* 13 maio 2011.

\_\_\_\_\_. AI 70003505229. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. j. 29 maio 2002.

\_\_\_\_\_. AI 70012350278. Relator: Des. Ubirajara Mach de Oliveira. *DJ* 28 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. AI 70022854715. Relator: Des. Osvaldo Stefanello. *DJ* 07 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. AI 70025116567. Relatora. Desa. Liege Puricelli Pires. *DJ* 27 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. AI 70025969940. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. *DJ* 31 out. 2008.

\_\_\_\_\_. AI 70038626511. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. *DJ* 23 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. AI 70040733479. Relator: Des. Ney Wiedemann Neto. *DJ* 13 maio 2011.

\_\_\_\_\_. AI 70024108581. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. *DJ* 22 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. AI 70025116567. Relatora: Desa. Liege Puricelli Pires. *DJ* 27 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. AI 70027169002. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. *DJ* 13 mar. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9ª Câm.Cív. EDcl 70022870174. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. *DJ* 02 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 11ª Câm. Cív. AI 70038626099. Relatora: Desa. Katia Elenise Oliveira da Silva. *DJ* 11 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câm. Cív. AI 70035576792. Relator: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. *DJ* 27 maio 2010.

\_\_\_\_\_. AI 70021757711. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. *DJ* 10 jan. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 18ª Câm.Cív. AI 70027519636. Relator: Des. Pedro Celso Dal Pra. *DJ* 13 jan. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. AI 0136362-29.2011.8.26.0000. Relator: Des. Pereira Calças. Julgamento em 28 fev. 2012.