

THOMAZ HENRIQUE JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA

PRINCÍPIOS DO DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na área de concentração de Direito Comercial, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Titular Fábio Ulhoa Coelho.

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA:

Ao meu pai.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao Professor Fábio Ulhoa Coelho pela orientação e pelos ensinamentos recebidos no decorrer de todo o curso do mestrado, bem como pelo apoio e estímulo a minhas pretensões acadêmicas.

Agradeço também ao Professor Rogério José Ferraz Donnini e à Professora Rosemarie Adalardo Filardi pela leitura atenta e pelas seguras indicações quando do exame de qualificação.

Aos meus pais, meus maiores incentivadores, agradeço por tornarem possível a superação de mais uma etapa.

Ao meu pai, a quem dedico essa dissertação, agradeço ainda, não só o exemplo de vida, mas também a lição constante de que amar do direito é vivê-lo plenamente em todos os momentos da vida.

RESUMO

O tema desta dissertação é “os princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro” e seu objetivo é determinar qual o significado jurídico de tais “princípios”, estabelecendo: (i) a definição daquilo que deve ser entendido por “princípios do direito falimentar e recuperacional”; (ii) a relação entre o que é protegido pelos princípios do direito falimentar e recuperacional e suas possíveis restrições; (iii) a eficácia normativa de tais princípios.

A partir dessa análise, princípios jurídicos são entendidos enquanto normas que podem ter, conforme o caso significado de (i) normas gerais, (ii) regras constitutivas ou (iii) mandamentos de otimização.

Uma vez que o conteúdo definitivo de tais princípios só pode ser determinado no caso concreto por meio do sopesamento, com o objetivo de demonstrar o modelo proposto, é desenvolvida a análise de dois casos concretos: (i) a constitucionalidade da Lei de Recuperação de Empresa e Falência e (ii) a possibilidade de recuperação de empresa falida em regime de continuação.

Palavras-chave: Princípios, Direito Falimentar e Recuperacional, Robert Alexy.

ABSTRACT

The subject of this master thesis is the “principles of the Brazilian reorganization and bankruptcy law”. Its objective is to define the meaning of these principles, establishing: (i) the definition of what is to be understood as “principles of reorganization and bankruptcy law”; (ii) the relation between what is protected by these principles and its possible restrictions; (iii) the normative efficacy of these principles.

Based on this analysis, principles are understood as norms that, depending on the situation, may have the meaning of: (i) general norms, (ii) constitutive rules or (iii) optimization commands.

Since the definitive content of these principles can only be determined in concrete by balancing them, so as to demonstrate utilization of the proposed model, two concrete cases are analyzed: (i) the constitutionality of the reorganization and bankruptcy law and (ii) the possibility of reorganizing a bankrupt company in continuance regime.

Key-words: Principles, Reorganization and Bankruptcy Law, Robert Alexy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
1.1. Delimitação do tema	9
1.2. Método	10
1.3. Desenvolvimento do trabalho	12
2. PRESSUPOSTO TEÓRICO: UMA TEORIA DOS PRINCÍPIOS	14
2.1. A definição de princípios.....	14
2.2. Conflitos normativos.....	17
2.3. Lacunas jurídicas.....	21
2.4. Restrições a princípios jurídicos.....	24
2.5. Regra da proporcionalidade e sopesamento de princípios.....	27
3. PRINCÍPIOS DO DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL: NORMAS GERAIS, REGRAS CONSTITUTIVAS E MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO.....	30
3.1. “Princípios” clássicos do direito concursal.....	30
3.1.1. <i>Par conditio creditorum</i>	30
3.1.2. Unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo de falência.....	34
3.1.3. Publicidade	45
3.2. Novos “princípios” da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.....	50
3.2.1. Preservação da empresa.....	53
3.2.2. Separação dos conceitos de empresa e de empresário.....	58
3.2.3. Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis	61
3.2.4. Retirada do mercado das sociedades empresárias e empresários não recuperáveis.....	64
3.2.5. Proteção aos trabalhadores.....	66
3.2.6. Redução do custo do crédito	79
3.2.7. Celeridade e eficiência dos processos judiciais	88
3.2.8. Segurança jurídica.....	91
3.2.9. Participação ativa dos credores	94
3.2.10. Maximização do valor dos ativos do falido.....	97
3.2.11. Desburocratização da recuperação de micro e pequenas empresas	101
3.2.12. Rigor na punição de crimes falimentares	102

4. CONTEÚDO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL	107
4.1. Análise de casos	107
4.1.1. A constitucionalidade da Lei de Recuperação de Empresas e Falência	108
4.1.1.1. O estado da questão	108
4.1.1.2. Esclarecimentos preliminares	110
4.1.1.3. Análise teórica	112
4.1.2. A possibilidade de recuperação de empresa falida em regime de continuação	116
4.1.2.1. O estado da questão	116
4.1.2.2. Esclarecimentos preliminares	117
4.1.2.3. Análise teórica	119
4.2. Conclusão parcial	121
5. CONCLUSÃO	122
6. BIBLIOGRAFIA	124

1. INTRODUÇÃO

1.1. Delimitação do tema

A idéia de que a atual Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – seja regida por certos princípios que devem servir de guia ao intérprete para a compreensão e aplicação adequada das normas contidas em tal diploma legal é algo freqüentemente sustentado pela doutrina e pela jurisprudência brasileira¹.

Na verdade a idéia da existência de princípios jurídicos como alicerces dos sistemas normativos e guias para compreensão e aplicação das normas é uma idéia comum na dogmática jurídica.

Sua afirmação, no entanto, levanta duas questões: (i) qual o estatuto jurídico dos princípios jurídicos? (ii) há princípios específicos a certos campos do conhecimento jurídico?

A primeira dessas perguntas diz respeito à compreensão dos princípios como espécies de normas jurídicas e, portanto, normas dotadas de validade e eficácia devidamente estabelecidas por um ordenamento jurídico, ou como construções intelectuais desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência como guias para a compreensão de um determinado sistema, mas desprovidas de validade e eficácia normativa.

A segunda, diz respeito à possibilidade do estabelecimento, sucessivamente, de princípios gerais do direito, de um ordenamento jurídico como um todo, do direito privado de maneira específica, do direito empresarial naquilo que ele tem de particular e do direito falimentar e recuperacional em si.

¹ A. PAES DE ALMEIDA. *Curso de falência e recuperação de empresa*, pp. 9-11; R. APPROBATO MACHADO. Visão geral da nova lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da recuperação de empresas. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – doutrina e prática*, pp. 25-27; E. P. DOS SANTOS. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. *Principais controvérsias na nova lei de falências*, pp. 16-33; M. P. DE SOUZA. *A nova lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho*, pp. 103-109.

Assim, sendo o objeto desta dissertação compreender a relação entre princípios e regras do Direito Falimentar e Recuperacional, responder a essas duas perguntas é um pressuposto necessário para o seu desenvolvimento.

Para tanto, antes de mais nada, faz-se necessário estabelecer um determinado pressuposto teórico que, servindo de paradigma para o desenvolvimento da pesquisa, guie a resolução dessas questões de maneira consistente, evitando sincretismos metodológicos e propiciando a clareza conceitual necessária ao desenvolvimento de qualquer trabalho de dogmática jurídica.

Mesmo que se sustente a existência de princípios do Direito Falimentar e Recuperacional, resta ainda a questão de como tais princípios podem ser concretizados e, especialmente, como deve ser a atuação do judiciário frente à necessidade de sua efetivação.

Dessa forma, quando se define o objeto desta dissertação como “princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro”, quer-se fazer referência a um fenômeno complexo que envolve uma série de problemas inter-relacionados. Esses problemas, que compõem o objeto da dissertação, são: (i) a definição daquilo que deve ser entendido por “princípios do direito falimentar e recuperacional”; (ii) a relação entre o que é protegido pelos princípios do direito falimentar e recuperacional e suas possíveis restrições; (iii) a eficácia normativa de tais princípios.²

1.2. Método

Quanto à abordagem metodológica, seguindo a divisão proposta por Ralf Dreier e Robert Alexy, segundo os quais a dogmática jurídica poderia ser dividida em três dimensões –

² Uma exposição mais detalhada do desenvolvimento de todo o trabalho será feita no tópico 1.3 (*desenvolvimento do trabalho*).

a analítica, a empírica e a normativa –, este é um trabalho essencialmente dogmático e seu enfoque é analítico por excelência.³

Na dimensão analítica aquilo de que se trata é da consideração sistemático-conceitual do direito válido, o que se dá por meio da análise dos conceitos básicos e mais elementares envolvidos no objeto da pesquisa, da investigação a respeito das relações existentes entre os conceitos trabalhados e do exame das formas de fundamentação jurídica.

Essa dimensão desta dissertação se evidencia no capítulo 2, em que será apresentado o pressuposto teórico fundamental desta pesquisa, qual seja, a teoria dos princípios; no capítulo 3, em que deverá ser primeiramente estabelecido o significado de “princípios do direito falimentar e recuperacional” – para os fins do presente trabalho –, premissa necessária à tentativa de se tratar o Direito Falimentar e Recuperacional dentro do arcabouço conceitual da teoria dos princípios.

Mas, além da dimensão analítica, também as outras duas dimensões – empírica e normativa – são fundamentais para a consecução desta pesquisa.

Quanto à dimensão empírica da dogmática jurídica, o que aqui nos interessa é o aspecto relacionado ao conhecimento do direito positivamente válido, não no sentido de mera descrição do direito legislado, mas também do direito judicial, dimensão que se concretiza no exame da aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais, o que será feito, particularmente, na análise de casos concretos a ser desenvolvida na segunda parte do capítulo 4.

Por fim, na dimensão normativa da dogmática jurídica, se trata da orientação e crítica da prática jurídica, especialmente da prática jurisprudencial, sendo constitutiva a questão de saber qual é, no caso concreto e sobre a base do direito positivo válido, a decisão correta,

³ Cf. R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 29-34; V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, pp. 32-33.

sentido em que esta dimensão é, em muitos casos, a própria expressão do conceito de trabalho acadêmico: fornecer uma resposta adequada ao problema analisado.

Mas não é apenas isso, esta dissertação não tem por escopo dar resposta a um caso concreto específico, mas sim, em desenvolver um modelo de análise que sirva de instrumento na discussão dos casos concretos, de forma que, não se trata de uma análise teórica centrada em si mesma, mas de fornecer um modelo que possa servir de instrumento para a efetiva concretização dos princípios do Direito Falimentar e Recuperacional, fornecendo subsídios para o próprio desenvolvimento da atividade jurisprudencial.

Assim, segundo a lição de Robert Alexy, se a ciência do direito há de cumprir racionalmente sua tarefa prática de responder o que é devido nos casos reais ou imaginados, tem então que vincular racionalmente as três dimensões da dogmática jurídica como condição necessária da racionalidade da ciência do direito como disciplina prática⁴.

Dessa maneira, o aspecto predominantemente analítico desta pesquisa é reflexo da crença de que sem uma consideração sistemático-conceitual do direito, não é possível a ciência do direito como disciplina racional, com implicações efetivas na prática do Direito Falimentar e Recuperacional, uma vez que, é justamente a partir do método analítico que se criam condições teóricas para a construção de um modelo que tenha seu foco central em exigências reais de fundamentação e na criação de ônus argumentativos claros para restrições ou omissões que impliquem a não realização dos princípios do Direito Falimentar e Recuperacional.

1.3. Desenvolvimento do trabalho

Conforme o exposto no momento de delimitação do tema desta pesquisa, ao definir o objeto do presente trabalho como “os princípios do direito falimentar e recuperacional

⁴ R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 33.

brasileiro”, nos propomos a tratar um fenômeno complexo, que envolve uma série de questões inter-relacionadas. O desenvolvimento desta dissertação segue o caminho necessário para a análise dessas questões.

Após esta introdução, no capítulo 2, será exposto o pressuposto teórico desta dissertação, que é a teoria dos princípios, nos limitando a expor de forma sintética o significado dos conceitos-base sobre os quais se ergue este trabalho, de forma a deixar clara a acepção em que serão utilizados.

No capítulo 3, será estabelecida a definição do significado de “princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro”, procedendo-se a análise específica de cada um dos, chamados, “princípios clássicos” e “princípios novos” do Direito Falimentar e Recuperacional brasileiro. Como se perceberá, a compreensão do enquadramento conceitual de tais princípios será a premissa necessária para se responder às questões subseqüentes.

No capítulo 4, serão desenvolvidos os problemas do conteúdo e da eficácia dos princípios do Direito Falimentar e Recuperacional, duas questões essenciais ao objeto desta dissertação. Isso porque: apenas compreendendo o que pode ser entendido por um conteúdo dos princípios do Direito Falimentar e Recuperacional brasileiro, o que será feito pela exposição de premissas teóricas e pela sua aplicação à análise de casos concretos, se poderá resolver qualquer questão relativa a sua possível restrição; e apenas compreendendo a eficácia normativa desses princípios, poderá ser estabelecido em que medida e de qual forma eles devem ser efetivados.

No capítulo 5 será apresentada a conclusão desta dissertação.

2. PRESSUPOSTO TEÓRICO: UMA TEORIA DOS PRINCÍPIOS⁵

2.1. A definição de princípios

“Princípios” é um termo tradicional na dogmática jurídica nacional e os usos reiterados deste termo permitem agrupá-los em certos sentidos.⁶

De tal forma, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42) postula que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” e os incisos II e III, do artigo 108, do Código Tributário Nacional (de 1966) determinam que na ausência de disposição expressa, a autoridade competente utilizará “os princípios gerais do direito tributário” e “os princípios gerais do direito público”.

Nessa acepção “princípios” são utilizados como instrumentos auxiliares na falta de uma regra expressa que regule uma situação específica, ou seja, como forma de lidar com as “lacunas”⁷ no ordenamento jurídico. Princípios gerais são entendidos, assim, como “normas de maior abstração, nas quais podem entrar casos que não estão perfeitamente tipificados na lei”⁸.

No entanto, normas jurídicas jamais implicam alguma solução a não ser que “seja o caso”, de tal forma, diante de uma norma geral, ou de uma norma específica, a questão

⁵ Parte das considerações desenvolvidas neste capítulo, notadamente aquelas relativas a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy já foi tratada em trabalho anterior relativo a direito fundamental em espécie (T. H. J. DE A. PEREIRA. *O direito fundamental à tutela jurisdicional*). No entanto, se parte dos apontamentos aqui apresentados relativos à teoria de Robert Alexy são substancialmente os mesmo, a especificidade de se partir de uma teoria dos direitos fundamentais para discutir a relação entre regras e princípios em um ordenamento infraconstitucional específico, bem como a preocupação com outros significados deste mesmo termo que não apenas aquele de um “mandamento de otimização”, trouxeram novos desafios.

⁶ Cf. J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*; V. AFONSO DA SILVA. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*.

⁷ O sentido do termo “lacunas” adotado nesta dissertação será discutido no item 2.3, *infra*.

⁸ J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*, p. 93.

permanece a mesma: determinar se é o caso. Normas jurídicas são sempre gerais e a necessidade de determinar se um caso está ou não contido nos tipos definidos existe sempre. Nesse sentido, apelar para princípios não seria uma solução, uma vez que, nesses termos, o problema seria apenas deslocado de uma norma menos abrangente para outra mais abrangente.⁹

Tradicionalmente “princípios” também podem significar, como a própria literalidade do termo indica, “pontos de partida”. O termo tem aqui o sentido de uma regra constitutiva: determinando o que é uma coisa – definindo-a – ou se uma coisa é – estabelecendo pressupostos. São, assim, “regras” porque não se limitam a descrever algo – são prescritivas – e “constitutivas” porque sem elas as coisas a que se referem não existiriam, nesse sentido são “os pontos de partida, proposições ou premissas que não podem ser demonstradas, por serem justamente primeiros”.¹⁰

A discussão atual dos “princípios” não está, no entanto, preocupada com a sistematização dos princípios gerais de um ordenamento jurídico, mas com a idéia de que princípios são espécies de normas jurídicas e, de tal maneira, são tão impositivas quanto as regras.¹¹

Nesse sentido, para a “teoria dos princípios” desenvolvida por Robert Alexy a distinção mais importante é aquela formulada entre regras e princípios, a qual constitui sua base.¹² Assim, segundo esta tese da separação qualitativa entre regras e princípios, a distinção entre estas duas espécies de normas (ambas determinam o que *deve ser*) é de caráter lógico, sendo o ponto decisivo para esta distinção que *princípios* são normas que ordenam que algo

⁹ J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*, pp. 88-92.

¹⁰ J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*, p. 94.

¹¹ J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*, p. 93. Cf. R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*; R. DWORKIN. *Taking rights seriously*.

¹² R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81.

seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Dessa forma, os princípios são “mandamentos de otimização”, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras opostos.¹³

Segundo essa teoria, o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas asseguram, uma vez que, regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos (só podem ser cumpridas, ou não), enquanto princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*. Dessa maneira, os princípios se diferenciariam das regras, pois, ao contrário daquelas, que possuem apenas uma dimensão de validade, estes possuem também uma dimensão de “peso”.

O diferencial da teoria propugnada por Alexy é que o conceito de princípio não está relacionado ao grau de abstração ou com a fundamentalidade da norma, de forma que, um princípio pode tanto ser, como não ser, um mandamento nuclear do sistema, já que a classificação de uma norma como princípio ou regra está ligada a sua diferente estrutura normativa, e não a sua importância.¹⁴

A relevância dessa teoria está em que segundo a diferenciação proposta regras e princípios se distinguiriam pelas suas diferentes estruturas normativas, razão pela qual, esta distinção levaria a que estes diferentes tipos de normas fossem aplicados de maneira diversa.¹⁵

¹³ R. ALEXYY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

¹⁴ V. AFONSO DA SILVA. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 613.

¹⁵ Conforme já estabelecido, são alternativas a esta tese aquelas, tradicionalmente aceitas no Brasil, que definem regras e princípios segundo critérios de “grau” – seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade – assim como aquelas, como a defendida por Aulis Aarnio, que rejeitam a possibilidade ou a utilidade desta distinção. Cf. V. AFONSO DA SILVA. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 609-610; J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do

Tal distinção é essencial para os fins deste trabalho, no entanto, diante da proposta de analisar os princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro, não serão ignoradas as duas outras acepções mais tradicionais já mencionadas.

Se a distinção entre regras e princípios proposta pela teoria de Robert Alexy é fundamental para a solução de questões pertinentes a “conflitos normativos” debatida nesta dissertação, é necessário que se estabeleça a verdadeira acepção dos “tradicionais princípios” do direito falimentar e dos “novos princípios do falimentar e recuperacional”, uma vez que, apenas a análise específica de cada um desses chamados “princípios” poderá permitir que se estabeleça se são estes (i) normas gerais, (ii) regras constitutivas ou (iii) mandamentos de otimização, e que se determine as diferentes consequências de cada uma dessas situações.

2.2. Conflitos normativos

Conflitos normativos ocorrem quando existe a possibilidade de aplicação de duas ou mais normas, cujas consequências jurídicas se mostrem total ou parcialmente incompatíveis, a um mesmo caso concreto.¹⁶

Adotando a distinção qualitativa entre regras e princípios proposta por Alexy, quanto aos conflitos entre regras, uma vez que essas garantem direitos definitivos, se duas regras prevêm consequências diferentes para o mesmo fato, este conflito só pode ser solucionado, ou pela introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou declarando inválida pelo menos uma das regras, resolvendo-se assim no plano da validade: *lex posteriori derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* e *lex specialis derogat generali*.¹⁷

consumidor – princípios. *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*, pp. 81-99.

¹⁶ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 54.

Já quanto às colisões de princípios, estas devem ser solucionadas de maneira completamente distinta, uma vez que tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou seja, diante de certas circunstâncias um princípio precede o outro, diante de outras situações a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa.¹⁸ Dessa forma, é relevante que, diante de uma colisão entre princípios, não sendo este travado no plano da validade, aquele que não tiver prevalência não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico.

Quanto às colisões entre regras e princípios, segundo Alexy, quando isto ocorre, deve haver um sopesamento entre o princípio P e um segundo princípio P' que apóia concretamente a regra em colisão.¹⁹ No entanto, Virgílio Afonso da Silva critica esta solução, porque ela possibilitaria que o aplicador do direito, em qualquer caso e em qualquer situação, afastasse a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifique esse afastamento, o que geraria um alto grau de insegurança jurídica.²⁰

Dessa maneira, este autor propõe outra maneira de encarar o problema, segundo a qual nessas situações, em geral, não estaríamos diante de uma colisão propriamente dita, mas de uma restrição a um direito materializada em uma regra fruto do sopesamento realizado pelo legislador entre dois princípios. Mas surgem problemas quando a aplicação da regra em um determinado caso concreto levaria a situações incompatíveis com algum princípio decisivo para este caso, sem que haja razões para considerar em abstrato incompatível com este princípio. Nesses casos um termo possível seria excluir ou incluir a tipicidade da conduta na hipótese de incidência de uma regra; nesse aspecto isto poderia ser fruto de um sopesamento feito pelo juiz que criaria uma norma de exceção por meio de uma construção jurisprudencial.

¹⁷ R. ALEXYY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 88.

¹⁸ R. ALEXYY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 89.

¹⁹ R. ALEXYY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86, nota 24.

²⁰ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, pp. 59-66.

Ambas soluções, no entanto, foram desenvolvidas por estes autores para lidar com um suposto conflito entre um princípio hierarquicamente superior e uma regra hierarquicamente inferior – notadamente, um direito fundamental com estrutura principiológica e uma regra infraconstitucional –, no entanto, em sendo princípios e regras, conforme a classificação proposta por esta teoria, normas jurídicas estruturalmente diferentes, tais tipos normativos podem ocorrer em qualquer grau hierárquico.

Nesse sentido, conflitos entre princípios e regras poderiam supostamente existir também entre normas de mesma hierarquia, situação específica a respeito da qual não há um posicionamento pacífico por parte da doutrina ou da jurisprudência²¹.

Quanto a isso, tendo em vista que o objeto deste trabalho se restringe aos princípios do direito falimentar e recuperacional, a questão específica que se coloca é aquela de possíveis conflitos entre princípios e regras da própria Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Diante dessa questão, em primeiro lugar, devem ser diferenciados princípios jurídicos infraconstitucionais positivados pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência dos princípios jurídicos que digam respeito ao direito falimentar e recuperacional, mas que tenham natureza constitucional.

Na primeira situação, o conflito entre um princípio e uma regra de igual hierarquia, pois positivados pelo mesmo diploma jurídico, seria apenas aparente. Assim, diante da inexistência de uma norma superior ou anterior a outra, a interpretação sistemática apenas permitiria concluir que, se um princípio é um mandamento de otimização que determina que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, tal regra nada mais é do que um “limite jurídico” que, de tal maneira, delimita a própria extensão do princípio jurídico de igual hierarquia normativa. Ou seja, diante de um

²¹ No âmbito dos direitos fundamentais, diante da realidade de que tais normas jurídicas também podem ter a estrutura normativa de regras e de princípios, questão polêmica é a possibilidade de conflitos entre regras e princípios ocorrerem dentro do âmbito dos próprios direitos fundamentais, situação em que não haveria, por evidente, princípios superiores a que se recorrer.

aparente conflito entre regra e princípio de mesma hierarquia o princípio não poderia ser utilizado como justificativa para a não aplicação de uma regra, uma vez que é a própria regra que delimita a extensão do princípio, não cabendo, neste caso, falar de desproporcionalidade.

Situação diferente ocorre quando o suposto conflito ocorre entre regra de natureza infraconstitucional e princípio que, mesmo que repetido pelo diploma jurídico infraconstitucional, tenha, na verdade, natureza constitucional. Ocorre aqui a mesma situação discutida por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva já apresentada: uma restrição a um direito materializada em uma regra fruto do sopesamento realizado pelo legislador entre dois princípios constitucionais, o que significa que, a não ser que tal restrição seja considerada desproporcional e, portanto, a regra seja declarada inconstitucional, tal regra prevalece e deverá ser aplicada. Neste caso, segundo Virgílio Afonso da Silva, a não ser que a tipicidade da conduta possa ser excluída da hipótese de incidência da regra, a consequência por ela prescrita deverá ser realizada.

Diante dessas possibilidades de conflitos normativos, evidencia-se o significado da adoção da classificação exposta no item precedente, qual seja, diante desta teoria, a constatação de que muitas das normas que a doutrina tradicional chama de princípios – em vista do grau de fundamentalidade – deveriam ser categorizadas como regras –, em vista da estrutura normativa – leva à consequência prática de que tais normas devem ser aplicadas dentro de uma perspectiva de “tudo ou nada”: ou são válidas e devem ser aplicadas ou não são válidas e não devem ser aplicadas, não cabendo falar de sopesamento nesta situação.

Da mesma forma, tomando-se consciência de que os princípios são normas estruturalmente diferentes, caracterizadas como mandamentos de otimização, sua aplicação deve ser feita verificando-se a sua importância no caso concreto, utilizando-se do sopesamento, guiado pela regra da proporcionalidade, como técnica capaz de possibilitar uma escolha racional pelo intérprete.

2.3. Lacunas jurídicas

Lacunas jurídicas podem ser entendidas como a existência de um comportamento não qualificado normativamente pelo ordenamento jurídico. Tal afirmação, aparentemente simples, no entanto, está na raiz de uma profunda discussão teórica a respeito da completude ou incompletude do ordenamento jurídico, que se distancia do objeto desta dissertação.

Dessa forma, tendo em vista os objetivos deste trabalho, este item pretende apenas clarificar as diferentes relações possíveis entre “lacunas jurídicas” e “princípios”, conforme os diferentes significados deste termo já previamente discutidos.

Tradicionalmente, “princípios” têm a função precípua de colmatar lacunas jurídicas. É este o significado do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42) ao postular que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” e dos incisos II e III, do artigo 108, do Código Tributário Nacional (de 1966) ao determinar que na ausência de disposição expressa, a autoridade competente utilizará “os princípios gerais do direito tributário” e “os princípios gerais do direito público”. É este também o posicionamento generalizado da doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Tal afirmação, no entanto, diante da polissemia do próprio termo “princípio” exige alguns esclarecimentos.

Tradicionalmente, diante da clássica equiparação entre “texto” e “norma”, entendia-se que lacunas jurídicas significavam a ausência de “lei” que regulasse um determinado tema, situação em que poderiam ser invocados os “princípios gerais do direito”, aos quais não era dada a qualificação de normas jurídicas, mas que teriam a função de orientar o aplicador do direito diante da necessidade dar uma solução ao caso.

“Princípios” têm, nesse sentido, o significado, também tradicional, de “normas gerais” não escritas nas quais, em virtude de sua abstração, poderiam entrar casos que não estão perfeitamente tipificados na lei. No entanto, diante da realidade contemporânea da posituação destas “normas gerais não escritas”, bem como da existência de normas jurídicas com a estrutura normativa de regras e outras que podem ser definidas como “mandamentos de otimização” (“princípios”, conforme a terminologia de Robert Alexy, também adotada por este trabalho) a situação ganha contornos peculiares.

Assim, tendo em vista a posituação das “normas gerais” e da existência de normas jurídicas com a estrutura de “mandamentos de otimização” poderíamos concluir que “se existe um princípio geral, da mesma forma não se pode falar em lacuna, uma vez que basta ao magistrado aplicar a regra”²².

Tal solução, no entanto, apesar de formalmente correta, parece simplificar a real dificuldade da situação. Ou seja, se é verdade que a posituação das “normas gerais” não escritas e a proliferação de “mandamentos de otimização” no ordenamento jurídico significa, na prática, a inexistência atual de situações específicas que não sejam reguladas pelo direito, e, portanto, a ausência de lacunas no nosso sistema, é verdade também que este não é, há muito, o real problema da chamadas “lacunas jurídicas”.

Com a proibição do *non liquet* e a criação de normas de fechamento – como o próprio artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – o direito moderno não tem no problema das “lacunas jurídicas” a dificuldade da impossibilidade de uma decisão diante da ausência de uma norma jurídica que regule o caso. Nesses termos, a real questão é a ausência de uma “regra” que, tipificando aquela situação específica, dê uma solução para o caso concreto. Este problema, ainda existente, é ao que tudo indica perpétuo, uma vez que é improvável esperar que o legislador crie uma “regra” específica para cada situação.

²² R. F. DONNINI. A complementação de lacunas no Código Civil – Continua a vigor o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil?. *Temas atuais de direito*, p. 285.

Dessa forma, “lacuna” não é aqui entendida como a ausência de norma que regule a situação, mas como a ausência de uma regra específica, a qual deverá ser construída para o caso concreto, a partir das normas jurídicas principiológicas.

No entanto, a maneira dessa construção muda conforme se invoque, sob o termo de “princípios”, “normas gerais” ou “mandamentos de otimização” como forma de se solucionar esta questão, assim:

No caso de se invocar um “princípio” no sentido clássico de uma norma geral, conforme já explicado, o problema seria apenas deslocado de uma norma menos abrangente para outra mais abrangente, uma vez que, normas jurídicas são sempre gerais e a necessidade de determinar se um caso está ou não contido nos tipos definidos existe sempre e, nesse sentido, apelar para princípios não seria uma solução.²³

Já no caso de um “mandamento de otimização”, diante da ausência de uma regra específica que regule a situação, construída pelo legislador por meio do sopesamento – consciente, ou não – de princípios jurídicos, resta ao aplicador do direito, ao aplicar os princípios jurídicos que regulam a situação criar a regra jurídica para o caso concreto por meio de um sopesamento, criando uma norma por meio de uma construção jurisprudencial.

A principal diferença entre as duas situações está em que, a aplicação de uma norma geral estruturalmente em nada difere da aplicação de uma norma específica. Uma norma geral determina que algo seja realizado de uma determinada maneira, mas a maior indeterminação dos termos do seu texto reflete em uma maior indeterminação dos termos da própria norma – construída a partir do texto. Já um princípio jurídico – entendido aqui como um “mandamento de otimização” – determina que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, de tal forma, a questão não é de indeterminação

²³ J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*, pp. 88-92.

dos termos, mas de identificar quais as possibilidades jurídicas e fáticas existentes que poderiam limitar a realização daquilo que é determinado.

Assim, enquanto normas gerais transformam o problema da ausência de uma norma específica em um problema de interpretação de uma norma mais abstrata, nos princípios a questão deverá ser resolvida no âmbito da aplicação e da necessária resolução de eventuais conflitos normativos entre os princípios que regulem a situação.

A aplicação dessas normas, no entanto, pressupõe a correta compreensão da possibilidade de restrição a princípios jurídicos.

2.4. Restrições a princípios jurídicos

Pensar em restrição de um direito, sugere a existência de duas coisas: o direito e as suas restrições.

Assim, se a relação entre direito e restrição for definida dessa maneira percebe-se que esta se dá externamente ao âmbito do próprio direito, sendo criada como fruto de uma necessidade, exterior ao próprio direito, de se compatibilizar direitos de diferentes indivíduos assim como os direitos individuais e os bens coletivos. Motivo pelo qual esta teoria é caracterizada como “externa”.²⁴

Totalmente distinta é a teoria “interna”, segundo a qual o direito e seus limites são algo uno, sendo estes últimos imanentes ao próprio direito, de forma que se exclui que fatores externos imponham qualquer restrição extra.²⁵ Desta maneira o conceito de restrição é

²⁴ R. ALEXANDER. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 268; V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, pp. 179-180.

²⁵ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 163.

substituído por aquele de limite, de modo que as dúvidas a respeito dos limites do direito não dizem respeito a se este deve ser ou não limitado, mas sobre qual é o seu conteúdo.²⁶

Segundo esta teoria, a garantia decorrente de um direito tem que ser definitiva e não apenas *prima facie*, de modo que, se o direito subjetivo existe ele pode ser naturalmente exercido no âmbito de seus limites. Assim, enquanto diante das colisões se constituem novas restrições a direitos, os limites imanes são apenas declarados como pré-existentes pela interpretação normativa.²⁷

Diametralmente oposto é o paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições não influenciam o conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício, não afetando a sua validade ou sua extensão *prima facie*.

Nesse sentido, profunda é a relação entre teoria externa e teoria dos princípios, a qual sustenta que, os princípios, compreendidos como mandamentos de otimização, consagram direitos *prima facie* com suportes fáticos o mais amplos possíveis, que, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, podem ser restringidos por princípios colidentes. Nesta distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo reside um pressuposto da teoria externa.

Assim, dizer que princípios são *mandamentos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras opostos²⁸, significa dizer que “a definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida *a partir de fora*”²⁹.

²⁶ R. ALEXYS. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 268-269.

²⁷ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, pp. 165-172.

²⁸ R. ALEXYS. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

²⁹ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 182.

É essa constatação que nos permite afirmar que a adoção da teoria externa como modelo adequado para estabelecer a forma como se dão as restrições aos direitos é a consequência direta e natural da adoção da teoria dos princípios como um pressuposto teórico.

Dessa maneira, partindo-se da teoria dos princípios – especialmente da distinção estrutural entre regras e princípios – e da teoria externa, se o âmbito das possibilidades jurídicas de realização dos mandamentos de otimização é determinado pelos princípios e regras opostos, evidente que é por meio destes que ocorrem as restrições aos direitos.

Quanto às restrições realizadas por meio de regras, esta é a maneira em que geralmente elas ocorrem, devendo-se salientar, no entanto, que conforme já afirmado, se muitos destes casos são com frequência entendidos como uma colisão entre um princípio e uma regra, isto na verdade apenas ocorre excepcionalmente. Normalmente, a aparente colisão nada mais é do que o resultado da ponderação entre dois princípios, cuja expressão é a regra.³⁰

Destarte, materialmente falando, as restrições a direitos são sempre baseadas em princípios, formalmente, no entanto, a restrição poderá ocorrer de formas diversas. Assim, na ausência de regra que discipline a colisão – não tendo esta sido ainda objeto de ponderação pelo legislador – cabe ao juiz, no caso concreto, decidir qual princípio deverá prevalecer.³¹

O estabelecimento de qual princípio deve prevalecer no caso concreto não é, no entanto, uma tarefa fácil, sendo o sopesamento e a regra da proporcionalidade o instrumental adequado para que esta se realize de maneira racional e transparente, conforme desenvolvido no item subsequente.

³⁰ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, pp. 59-66 e 182-184.

³¹ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 185.

2.5. Regra da proporcionalidade e sopesamento de princípios

Há uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade, as quais, segundo Robert Alexy, se implicariam mutuamente: a proporcionalidade seria logicamente inferível da própria estrutura dos princípios como mandamentos de otimização cuja realização depende das condições fáticas e jurídicas existentes.³²

Desse modo, as sub-regras da adequação e da necessidade decorreriam da dependência da realização dos princípios em função das possibilidades fáticas e a proporcionalidade em sentido estrito decorreria da dependência das possibilidades jurídicas, uma vez que, sendo os princípios caracterizados como mandamentos de otimização, o mandamento de ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) é uma exigência que decorre da própria estrutura normativa dos princípios. Ao mesmo tempo em que, da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito decorre que os princípios são mandamentos de otimização.

Assim, a sub-regra da adequação – que exige que a medida adotada seja adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido –, a sub-regra da necessidade – que condiciona a sua realização a que o objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito atingido – e a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito – que, sopesando os direitos envolvidos evita que medidas, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos além daquilo que a realização do objetivo seja capaz de justificar – poderiam ser deduzidas da própria estrutura normativa dos princípios jurídicos.³³

Por fim, tendo-se esclarecido a estrutura e modo de aplicação da regra da proporcionalidade, importante salientar que esta tem a função específica de servir, diante de

³² R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 111-115.

³³ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, pp. 222- 234; O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, pp. 34-42; H. ÁVILA. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, pp. 152-161.

uma restrição a direito, de instrumento para a verificação jurisdicional, da correção do sopesamento feito pelo legislador, dependendo, portanto, para a sua aplicação, da existência de uma medida concreta a ser testada. Desta maneira, quando diante de uma situação em que os princípios colidentes não foram ainda objeto de sopesamento pelo legislador, cabe ao judiciário realizar esta tarefa, a qual, no entanto, não se confunde com a aplicação da regra da proporcionalidade.³⁴

Essa constatação é particularmente relevante, uma vez que, se a correta compreensão das teorias concernentes à restrição dos princípios jurídicos é pressuposto para a análise de casos de conflitos normativos, a diferenciação entre estas duas situações e da diversa maneira como se compreende a atuação do juiz diante delas, é o pressuposto para o desenvolvimento da análise sobre o papel do judiciário na efetivação dos princípios do direito falimentar e recuperacional.

2.6. Conclusão parcial

A teoria dos princípios aqui apresentada foi desenvolvida por Robert Alexy como um meio para propiciar a formulação de respostas racionalmente fundamentadas às questões jurídicas relacionadas aos direitos fundamentais, suscitadas pela submissão constitucional do legislativo, do executivo e do judiciário às normas de direito fundamentais, enquanto direitos de vigência imediata

Assim, se trata de uma teoria jurídica geral sobre os direitos fundamentais positivados, erigida sobre o pressuposto de que não é possível uma dogmática adequada dos direitos fundamentais sem uma teoria dos princípios, instrumento necessário para se lidar racionalmente com a abertura do sistema jurídico frente ao sistema moral efetuada por esta positivação.³⁵

³⁴ V. AFONSO DA SILVA. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, pp. 234-236.

³⁵ R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 21-25.

Nesta dissertação, esta teoria, originalmente elaborada para lidar com o problema do conflito normativo entre direitos fundamentais, é aplicada também como pressuposto teórico para a resolução de conflitos entre normas de direito privado infraconstitucional.

Nesse sentido, trata-se de uma especificação da aplicação de uma teoria geral, que, em vista de sua generalidade, diz respeito a qualquer tipo de conflito normativo, sendo instrumental para a solução de tal questão, seja no plano constitucional, seja no plano infraconstitucional, mesmo que originalmente desenvolvida apenas para lidar com conflitos da primeira espécie.

No entanto, diante da utilização generalizada do vocábulo “princípios” com outros significados jurídicos, conforme já esclarecido, não serão ignoradas outras acepções mais tradicionais deste termo já mencionadas, pelo contrário, apenas a análise específica de cada um dos chamados “princípios” do direito falimentar e recuperacional brasileiro poderá permitir que se estabeleça o real significado de cada um deles.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL: NORMAS GERAIS, REGRAS CONSTITUTIVAS E MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO

Serão examinados primeiramente os chamados “princípios clássicos” do direito concursal e, em seguida, aqueles “princípios” que, segundo a doutrina e jurisprudência atuais, foram consagrados de forma inovadora na Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei nº 11.101/2005.³⁶

3.1. “Princípios” clássicos do direito concursal

3.1.1. *Par conditio creditorum*³⁷

Já nos primitivos tempos do direito romano, superada a fase da responsabilidade pessoal do credor por suas obrigações, instituiu-se a execução patrimonial. Em se tratando de execução singular, o ato de coerção deveria recair sobre bens integrantes do patrimônio do devedor cujo valor fosse suficiente para a satisfação da dívida, praticando-se a constrição de bens do devedor para a garantia da execução do credor, configurado o *pignus ex causa judicati captum*.³⁸

Anote-se, porém, que a prioridade da penhora era de estrita aplicabilidade à execução promovida contra o devedor solvente, de forma que, no caso de insolvência do devedor e

³⁶ Em toda essa análise o termo “princípios” – entre aspas – será utilizado para indicar normas jurídicas assim referidas pela doutrina e jurisprudência, reservando a sua utilização sem aspas para quando ele for utilizado no sentido técnico da teoria dos princípios de Robert Alexy, ou seja, com o significado de um “mandamento de otimização”. Cf. R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*.

³⁷ Não será aqui tratado, por não ser objeto desta dissertação, do desenvolvimento histórico da responsabilidade do devedor pelo cumprimento de sua obrigação, da dívida e da responsabilidade. Quanto a isto, convém anotar apenas que desde sua origem a execução concursal aplicava-se diante da insolvência do devedor, sendo instaurado concurso de credores que recaía sobre a totalidade do patrimônio do devedor insolvente em favor da pluralidade de credores. Cf. A. BUZAID. *Do concurso de credores no processo de execução*, pp. 89-90.

³⁸ O bem apreendido era mantido por dois meses, com o escopo de coagir o devedor a pagar; não pagando, era alienado para ser feito o pagamento ao credor, que, adquiria o direito de preferência. Cf. W. FERREIRA. *Tratado de direito comercial*, v. 14, pp. 9-10.

havendo pluralidade de credores, instituía-se o concurso, no qual se assegurava a *par conditio creditorum*, observadas as preferências e privilégios legais.³⁹

Nesse sentido, o credor que age antecipadamente em comparação com outros e, de tal forma, logra penhorar bens do patrimônio do devedor comum, não teria qualquer vantagem ou preempção em relação aos demais quando se instalar execução concursal em decorrência da situação de insolvência do devedor, razão pela qual se afirma que o “princípio” *par conditio creditorum* superaria aquele do *prior in tempore, potior in iure*.

Tal sistema, que teria sua origem no direito romano, é mantido no sistema processual brasileiro atual, conforme se verifica pela leitura do artigo 612 do Código de Processo Civil, segundo o qual, “ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

Nesse sentido, Rubens Requião, sustenta que o procedimento concursal estaria informado pelo interesse coletivo, sendo regido por normas de ordem pública, mesmo que voltado à solução em massa de questões marcadamente privadas. De tal forma, o direito concursal objetiva conferir perfeita igualdade aos credores integrantes da mesma classe, uma vez que o patrimônio do devedor é a garantia geral de seus credores e que a tutela isonômica destes acarretaria o incremento do crédito e da atividade produtiva: tanto a *par conditio creditorum*, como o saneamento do meio empresarial, devem ser considerados na compreensão do escopo do processo falimentar.⁴⁰

Uma vez que a garantia dos credores é o patrimônio do devedor, quando tal patrimônio é constituído por bens cujos valores não são suficientes para a solução de todas as dívidas de seu titular – ativo inferior ao passivo –, a execução singular causa grave injustiça, pois a

³⁹ A. BUZAID. *Do concurso de credores no processo de execução*, p. 95.

⁴⁰ R. REQUIÃO. *Curso de direito falimentar*, v. 1, pp. 22-24.

persistência de diversas execuções singulares obstaculizaria o tratamento paritário dos credores, com o atendimento prioritário aos mais necessitados e ao interesse público ou coletivo, razão pela qual deve ser instaurada uma execução concursal – que envolva todos os credores e abranja a totalidade dos bens do patrimônio do devedor – e a ela deve ser aplicado o “princípio” da *par conditio creditorum*, que significa tratamento igualitário aos credores.⁴¹

No entanto, o “princípio” da igualdade dos credores, que significa distribuição das perdas em igual medida, não deve ser entendido como singela partilha matemática dos valores liquidados em favor dos credores, mas sim, como um critério a ser observado quando da justa distribuição dos referidos valores. Assim, o “princípio” da igualdade não significa total isonomia de todos os credores, uma vez que é lícita a criação de categorias de credores com observância de critérios legais e objetivos.⁴²

Nesse sentido, segundo Sampaio de Lacerda, afirmar que o concurso de credores é um processo igualitário que tem por escopo tratar os credores isonomicamente por força da *par conditio creditorum* não significa que a igualdade dos credores seja absoluta, haja vista que estes devem ser paritariamente tratados dentro da classe a que pertençam. A falência não altera os direitos materiais dos credores, razão pela qual, para que tais direitos sejam respeitados no âmbito do processo concursal, exige-se que sejam legalmente classificados a fim de que cada credor receba aquilo que legitimamente lhe é devido, havendo créditos que não são submetidos ao rateio proporcional por gozarem de prioridade no pagamento, este é o fundamento da classificação de créditos no concurso de credores.⁴³

Quanto a isso, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência menciona expressamente o princípio da isonomia dos credores em seu artigo 126, o qual determina que o juiz, nas relações patrimoniais não reguladas expressamente, decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observados os objetivos

⁴¹ F. U. COELHO. *Curso de direito comercial*, v. 3, p. 222.

⁴² S. SATTA. *Instituciones del derecho de quiebra*, p.32.

⁴³ J. C. SAMPAIO DE LACERDA. *Manual de direito falimentar*, p. 206.

do processo falimentar de preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos – expressos no artigo 75 da lei.

De tal forma, o “princípio” da *par conditio creditorum* é reafirmado pela nova Lei, não só em seus dispositivos específicos que regulam a classificação dos créditos os direitos dos credores, mas também como “norma geral” voltada a auxiliar a solução de questões em que a igualdade dos credores foi alvo de exceções pontuais.⁴⁴

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, essa disposição do artigo 126 não teria nenhum correspondente na Lei anterior, introduzindo, assim, no direito falimentar brasileiro uma norma de clausura em razão da qual qualquer relação patrimonial do falido passa a submeter-se às finalidades precípuas do processo de falência, dentre os quais, a paridade dos credores.⁴⁵

O Direito Falimentar e Recuperacional é informado pelo princípio isonomia, que tem assento constitucional, e sendo norma de direito fundamental estabelece a necessidade de tratar a todos com igualdade, vinculando o legislador quando da edição de qualquer norma jurídica, que não poderia violar tal princípio – verdadeiro mandamento de otimização –, sob pena de ser considerada inconstitucional. Assim, entendido enquanto materialização do dever constitucional de se tratar todos os destinatários de uma norma jurídica isonomicamente, o “princípio” da *par conditio creditorum* nada tem de original e não poderia ser considerado como um princípio autônomo da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

No entanto, deve-se ter em mente que, mais do que uma simples especificação do dever do “princípio” da igualdade, a *par conditio creditorum* está na própria essência do Direito Falimentar e Recuperacional, o qual, sendo concursal por definição, tem no tratamento paritário dos credores – conforme as suas classes – o conceito fundamental que informa todo o sistema normativo que o regula. Nesse sentido, o “princípio” da *par conditio creditorum* deve

⁴⁴ P. S. FRONTINI. Art. 126. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 461.

⁴⁵ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 339.

ser entendido como um verdadeiro pressuposto, ou seja, um “princípio” em seu significado de “regra definidora” que dá a própria estrutura do campo do direito concursal.⁴⁶

Assim, em vista do caráter estruturante deste “princípio” para todo o Direito Falimentar e Recuperacional, nada mais adequado do que a disposição do artigo 126 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, a qual, em não sendo expressa, poderia mesmo ser considerada como implícita, uma vez que, diante do caráter intrinsecamente concursal desse ramo do direito, nada mais essencial do que a necessidade de que nas relações patrimoniais não reguladas expressamente pela Lei, deva ser aplicado o “princípio” do tratamento isonômico aos credores.

É assim que deve ser entendida a afirmação de Ricardo Tepedino, no sentido de que, ao assim determinar, estabeleceu-se que o “princípio” da *par conditio creditorum*, ao lado dos demais “princípios preponderantes” estabelecidos pelo artigo 126 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência configura a pedra angular do direito falimentar, que, por isso, se sobrepõe aos “princípios gerais dos contratos” e os que regem cada tipo de vínculo.⁴⁷

3.1.2. Unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo de falência

O juiz, ao tomar conhecimento do pedido de falência, que lhe é distribuído de acordo com as regras de competência, passa a ser competente para o decreto de quebra, bem como para o julgamento do respectivo pleito e de qualquer outro requerido contra o mesmo devedor que tenha por fundamento a sua insolvência. Ademais, tal juízo passa a ser competente para conhecer e julgar todas as ações e exceções formuladas contra o falido e que se relacionem com os negócios da massa falida.

⁴⁶ J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*, p. 103.

⁴⁷ R. TEPEDINO. Dos efeitos da decretação de falência sobre as obrigações do devedor. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, pp. 336-337.

O objetivo do “princípio” da unidade e da indivisibilidade do juízo da falência é evitar que sejam prolatados decretos de quebra do mesmo devedor por juízos distintos, levando-se em conta o fato de o devedor ser titular de diversos estabelecimentos.

Com esse intuito, o § 2º, do artigo 7º, do revogado Decreto-lei nº 7.661/45, estabelecia a unidade e indivisibilidade do juízo falimentar ao prescrever que “o juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei”.

Por sua vez, o “princípio” da universalidade do juízo significa que o concurso é universal, vale dizer, abrange todos os credores do devedor. Assim, uma vez que a igualdade dos credores aplica-se ao processo de falência, impõe-se a necessidade de todos serem convocados ao processo no mesmo juízo.⁴⁸ “Princípio” que era estabelecido no artigo 23, do revogado Decreto-lei nº 7.661/45, segundo o qual “ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos”.

Pontes de Miranda esclarece que a “indivisibilidade”, que também pode ser chamada de “unidade”, diz respeito ao próprio juízo e decorre da incidência da *vis attractiva*. Já no que concerne à “universalidade”, leciona que ela pode ser chamada de “subjética” e diz respeito à eficácia da sentença de falência em face de todos os credores do devedor comum, razão pela qual, todos, salvo as exceções legais, são convocados a participar do concurso, sejam eles credores civis, comerciais ou de direito público.⁴⁹

Da mesma forma, Rubens Requião distingue a unidade e a universalidade do juízo, esclarecendo que, ajuizado o pedido de falência do devedor, instaura-se no juízo competente, que é o do principal estabelecimento, o juízo indivisível e universal, ou seja, o primeiro pedido de falência acarreta a prevenção do juízo para o qual foi ele distribuído, que passa a ser uno e

⁴⁸ MIRANDA VALVERDE. *Comentários à lei de falências*, v. 1, p. 145.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. 28, §§ 3.290 e 3291, pp. 48 ss.

indivisível. Assim, unidade e indivisibilidade implica exigência de ser a falência decretada em apenas um órgão jurisdicional, que passa a ser o competente para conhecer e julgar todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida. Por outro lado, a universalidade do juízo da falência não decorre, mas pressupõe a unidade do juízo que dela conhece, tendo por objetivo impedir que sejam decretadas falências do mesmo comerciante em outros juízos nos quais ele também tenha estabelecimento. O conceito de universalidade, além de significar a necessidade de serem convocados todos os credores do devedor comum, implica também na circunstância de ser constituída a massa falida formada com todos os bens do credor – patrimônio arrecadado –, tudo sob a ótica do interesse público e sob uma única e indivisível jurisdição.⁵⁰

Afirmar que juízo da falência é universal implica que todas as ações relativas a bens, interesses e negócios da massa falida deverão ser processadas e julgadas no juízo falimentar, o qual é competente para conhecer e decidir sobre todas as medidas judiciais de natureza patrimonial relativas ao falido ou à massa falida.⁵¹

Em relação ao regime legal anterior, o “princípio” da unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar foi mantido na Lei de Recuperação de Empresas e Falência com algumas poucas alterações.

De tal forma, a disposição do artigo 76 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência é praticamente idêntica à que constava na Lei anterior, preconizando a unidade e indivisibilidade do juízo da falência, que tem competência para todas as ações que versarem sobre questões patrimoniais do falido e da massa falida, com exclusão apenas das ações trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas na Lei, em que a massa falida for autora ou

⁵⁰ R. REQUIÃO. *Curso de direito falimentar*, v. 1, pp. 83-85.

⁵¹ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 199.

litisconsorte ativo.⁵² Em complemento, também está expressamente imposto o juízo universal da falência⁵³, com a mesma força atrativa que era preconizada na legislação anterior, mantidas, em regra as mesmas exceções⁵⁴ nela previstas.

Nesse sentido, são cinco as atuais hipóteses excepcionadoras da universalidade do juízo da falência:⁵⁵

(i) Ações não reguladas na Lei de Recuperação de Empresas e Falência em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Anota-se que o Decreto-lei nº 7.661/45 previa de forma genérica as ações em que a massa falida fosse autora ou litisconsorte, sem o esclarecimento de que isto só ocorreria em se tratando de litisconsorte ativo, pois, havendo litisconsórcio passivo, a competência seria do juízo uno e universal. Assim, uma ação de reintegração de posse, regulada pelo Código de Processo Civil, a ser proposta pela massa falida, não está sujeita ao juízo uno, indivisível e universal, incidindo a regra do artigo 95 do Código de Processo Civil – foro da situação da coisa –, porém, caso seja proposta uma ação de despejo por falta de pagamento contra a massa

⁵² Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nessa Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

⁵³ Art. 115. A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever

⁵⁴ O Decreto-lei nº 7.661, de 1945 excepcionava ao juízo universal da falência: (i) ações não reguladas pela Lei de Falências em que a massa falida for autora ou litisconsorte, (ii) reclamações trabalhistas, que por força da Constituição, são da competência da Justiça do Trabalho; (iii) execuções fiscais, a teor do artigo 187 do Código Tributário Nacional e Lei nº 6.830/80; (iv) ações de conhecimento em que for parte ou interessada a União, autarquia federal ou empresa pública federal, que, nos termos da Constituição, devem tramitar na Justiça Federal; (v) execuções individuais movidas contra o falido que já estejam com hasta pública designada.

⁵⁵ Cf. F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, pp. 198-200; C.H. ABRÃO. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, pp. 196-197; M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, pp. 202-206.

falida, como ré ou litisconsorte passiva, mesmo sendo regulada pela Lei nº 8.245/91, haverá a *vis attractiva* para o juízo universal, devendo a ação ser distribuída por dependência.

(ii) Ações que demandarem quantia ilíquida não são atraídas para o juízo da falência, seja a massa falida autora ou ré, conforme expressa previsão do § 1º, do artigo 6º, da Lei nº 11.101/2005.

Assim, uma ação de indenização por acidente de trânsito, já em processamento na data do decreto da quebra, na qual se postulem danos materiais, emergentes e morais, verbas ilíquidas, proposta pela massa falida, ou contra ela, estará excluída da atração do juízo falimentar. No entanto, caso a massa falida ajuíze uma ação revocatória, prevista no artigo 130, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, ou seja, regulada por ela, a competência será do juízo universal.

(iii) Reclamações trabalhistas e ações acidentárias trabalhistas que são da competência da Justiça do Trabalho, a teor do artigo 114, da Constituição e do § 2º, do artigo 6º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Quanto a isso, ressalte-se que as ações acidentárias trabalhistas baseadas no direito civil, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que, anteriormente eram da competência da justiça comum estadual, passaram, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à competência da Justiça do Trabalho. Assim também, a ação rescisória especial falimentar que pretenda excluir crédito de natureza trabalhista por dolo ou fraude, deve ser julgada pela Justiça do Trabalho, conforme expressa previsão do parágrafo único, do artigo 19, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

(iv) Execuções tributárias que, consoante o artigo 187 do Código Tributário Nacional não se sujeitam a concurso de credores, nem à habilitação em falência; exceção que também envolve os créditos não tributários inscritos como dívida ativa, nos termos do artigo 5º, da Lei nº 6.830/80.

As execuções tributárias envolvendo tributos federais continuam sendo de competência da Justiça Federal e as execuções sobre tributos estaduais e municipais, prosseguem na competência da Justiça Estadual. Anote-se, no entanto, a existência de precedentes no sentido de que a dispensa da habilitação no processo de falência é uma faculdade, tendo sido autorizada tanto à União Federal, como à Fazenda do Estado, as quais têm desistido do prosseguimento das execuções fiscais na justiça federal e estadual e apresentado habilitação de crédito em processos de falência, com regular tramitação, tanto na fase administrativa, como na via judicial, quando se faz necessária impugnação.⁵⁶

(v) Ações de conhecimento em que é parte ou interessada a União Federal, entidade autárquica ou empresa pública federal, conforme disposto na Constituição Federal.

Interessante ressaltar que, quando a União Federal ou empresa federal tenham alguma pretensão relacionada com a massa falida que implique ajuizamento de ação contra a massa ou qualquer incidente no processo de falência, não acarreta o fenômeno processual do deslocamento da jurisdição, vale dizer, o processo de falência ou a ação com ela conexa ou continente, não passa a ser da competência da Justiça Federal. Incide, em tal hipótese, o disposto no inciso I, do artigo 109, da Constituição, que, expressamente estabelece que aos juízes federais compete julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência (...)”.

Nesse sentido, apesar de, havendo intervenção federal, resulta óbvio o interesse da União⁵⁷, de forma que, nas ações em que a União Federal for autora ou ré, em que participar a massa falida, a competência é da Justiça Federal⁵⁸, isso não se aplica quando o interesse da

⁵⁶ Agravo de Instrumento nº 532.600.4/8-00, TJSP, Rel. Des. Pereira Calças e Agravo de Instrumento nº 544.741.4/3-00, TJSP, Rel. Des. Pereira Calças.

⁵⁷ J. M. ARRUDA ALVIM. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 356-357.

⁵⁸ R. REQUIÃO. *Curso de direito falimentar*, v. 1, p. 88.

União, de autarquia ou empresa pública federal tem que ser deduzido nos autos da falência ou em incidente processual da falência, hipótese em que prevalece a exclusiva competência do juízo universal falimentar, por expressa previsão constitucional (inciso I, do artigo 109, da Constituição).

Ainda a respeito da unidade, indivisibilidade e universalidade do juízo, destaque-se que o artigo 126 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência determina que o juiz, nas relações patrimoniais não reguladas expressamente, decidirá o caso atendendo, dentre outros “princípios”, à unidade, à universalidade do concurso. De tal forma, esse dispositivo atribui a tal “princípio” o caráter de baliza interpretativa a ser considerada quando da necessidade de se criar judicialmente uma regra jurisprudencial para um caso a respeito do qual a Lei tenha sido omissa.

Quanto à aplicação desse “princípio” é importante anotar que, durante a vigência do Decreto-lei nº 7.661/45, debatia-se sobre a aplicação do juízo universal, previsto no § 2º, artigo 7º, à concordata, firmando-se entendimento por parte da doutrina majoritária e da jurisprudência no sentido de que o “princípio” do juízo universal da falência não se aplicava à concordata preventiva ou suspensiva.

A discussão sobre o tema já ocorria ao tempo da Lei nº 2.024, de 1908, analisada por Carvalho de Mendonça, que negava a existência do juízo universal nas concordatas, uma vez que o foro em que se processou a concordata não seria, como o da falência, obrigatório para todas as ações propostas pelo ou contra o concordatário.⁵⁹ No mesmo sentido, mas já sob a égide do Decreto-lei nº 7.661/45, é o entendimento adotado por Sampaio de Lacerda, segundo o qual, ao contrário do que se dá na falência, o juízo onde se processa a concordata não é universal e indivisível, uma vez que a ele eram estranhas questões que não se referissem ao patrimônio comercial do devedor e fossem subordinadas aos efeitos da medida preventiva,

⁵⁹ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 7, n. 198.

especialmente considerando-se que à concordata não estavam sujeitos todos os credores.⁶⁰ Diante do que, Rubens Requião afirmava que, com a implantação da concordata suspensiva da falência, conseqüentemente, desapareceria o juízo universal da falência.⁶¹

Anote-se, no entanto, que Pontes de Miranda, sustentava a incidência do princípio do juízo universal à concordata, uma vez que enquanto pende a concordata preventiva ou suspensiva as ações contra o devedor concordatário têm de ser propostas no juízo que concedeu a concordata, porque esse juízo foi prevento para a decretação eventual da abertura da falência ou pela decretação ocorrida, porém, também segundo este autor, quanto à concordata preventiva, afirma-se que ainda não se decretou a falência, de modo que não há de invocar-se o “princípio” da universalidade, ou da indivisibilidade, mas a concordata preventiva tinha procedimento similar ao da falência para a verificação dos créditos e o cumprimento era sob pena de decretação e abertura da falência.⁶²

A relevância atual desse debate permanece diante da necessidade de se determinar se o “princípio” do juízo universal da falência também é aplicável à recuperação judicial e extrajudicial instituídas pela Lei nº 11.101/2005.

Quanto a isso, o artigo 3º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência preconiza que é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil e o artigo 76 determina que o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas pela Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Estabelecem ainda os §§ 1º, 2º e 7º, do artigo 6º, da Lei, que as ações propostas contra o devedor que demandarem quantia ilíquida, bem como as trabalhistas e fiscais, continuam a tramitar nos respectivos juízos até julgamento final,

⁶⁰ J. C. SAMPAIO DE LACERDA. *Manual de direito falimentar*, pp. 270-271.

⁶¹ R. REQUIÃO. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 147.

⁶² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. 28, § 3.290, pp. 49-50.

quando então, eventuais créditos apurados serão inscritos no quadro-geral de credores pelos valores constantes das sentenças, observada a classe própria.

Interpretando os dispositivos legais acima citados, Paulo Sérgio Restiffe afirma que o juízo da recuperação judicial de empresas também seria uno, indivisível e universal, uma vez que a ela acorrem mais que somente os credores quirografários – como ocorria no sistema anterior das concordatas –, de forma que o juízo da recuperação judicial de empresas seria competente para conhecer todas as ações e reclamações relativas a bens, interesses e negócios do devedor, excetuando-se as demandas trabalhistas e fiscais, bem como as demandas nas quais o devedor for autor ou litisconsorte.⁶³

Segundo Mauro Rodrigues Penteado a distribuição do pedido de recuperação judicial previne a jurisdição para concedê-la, tornando-a universal *pro tempore*, visto que a suspensão das ações e execuções em face do devedor em nenhuma hipótese excederá o prazo improrrogável de cento e oitenta dias, previsto no § 4º, do artigo 6º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. O juízo universal, no entanto, seria relativo, uma vez que a suspensão das ações não se aplica àquelas que versem sobre créditos não atingidos pela recuperação judicial, como aqueles previstos nos §§ 3º e 4º, do artigo 49, da Lei. Da mesma forma, a indivisibilidade também seria relativa, pois não se estende às demandas ajuizadas pelo devedor contra terceiros e às ações e execuções de créditos posteriores ao pedido que não se sujeitam ao plano de recuperação.

Na hipótese de recuperação extrajudicial, tendo ela natureza negocial, o pleito de homologação judicial do plano não acarreta a suspensão de direitos, ações ou execuções dos credores não sujeitos ao plano, conforme prevê o § 4º, do artigo 164, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, razão pela qual, não se trataria, ainda segundo Mauro Rodrigues Penteado, de juízo universal e indivisível, mas de prevenção com efeitos mais amplos, “quase universal”. Esta denominada “quase universalidade” se daria porque, ao juízo competente para

⁶³ P. S. RESTIFFE. *Recuperação de empresas*, p. 86.

a homologação devem acorrer todos os credores do devedor para a apresentação de suas impugnações – conforme o *caput*, do artigo 164 –, nele sendo processadas e julgadas as impugnações, as ações revocatórias e os atos e negócios mencionados no inciso III, do artigo 94, da Lei, bem como examinadas eventuais irregularidades que possam acarretar a rejeição do plano – §§ 3º e 4º, do artigo 164 –, que não será homologado quando houver prova de simulação de créditos ou vícios de representação dos credores que o subscreveram – § 5º, do artigo 164.⁶⁴

Esse entendimento, no entanto, não parece ser o mais correto, uma vez que o “princípio” da universalidade, unidade e indivisibilidade do juízo aplica-se exclusivamente ao processo de falência, inexistindo na Lei nº 11.101/2005 previsão de sua incidência na recuperação judicial. Assim, a previsão do *caput* e § 4º, do artigo 6º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que determina a suspensão, pelo prazo improrrogável de cento e oitenta dias, de todas as ações e execuções em face do devedor, a partir do deferimento da recuperação judicial, não é decorrência da universalidade, unidade e indivisibilidade do juízo, mas, configura mero efeito daquele deferimento.

Assim, conforme Fábio Ulhoa Coelho, a recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso, tendo a suspensão das ações nessa hipótese fundamento diverso: a Lei fixa um prazo para a suspensão das execuções individuais operada pela decisão de processamento da recuperação judicial, pois, se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão de credores. Ressalte-se que, se durante esse prazo for alcançado um plano de recuperação judicial o crédito em execução individual teve suas condições de exigibilidade alteradas ou mantidas e, neste último caso, a execução individual prosseguirá normalmente.⁶⁵

⁶⁴ M. R. PENTEADO. Art. 3º. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, pp. 117-118.

⁶⁵ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 39.

O plano de recuperação judicial aprovado acarreta a novação dos créditos anteriores ao pedido (artigo 59), razão pela qual, os créditos em execução individual que se submetem aos efeitos do plano não poderão ter a execução reiniciada enquanto não transcorrer o prazo bienal da supervisão judicial que é previsto no artigo 61 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. As ações que versem sobre créditos que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, como aqueles arrolados no §§ 3º e 4º, do artigo 49, da Lei – proprietário fiduciário, arrendador mercantil, promitente vendedor de imóvel com contrato que contenha cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, compra e venda com reserva de domínio e adiantamento de contrato de câmbio para exportação – terão seu processamento suspenso por cento e oitenta dias, mas, vencido tal prazo, com ou sem a aprovação do plano, terão seu prosseguimento reiniciado. Cumpre ainda enfatizar que, segundo o § 4º, do artigo 6º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, exaurido o prazo sem que haja a aprovação do plano de recuperação, restabelece-se o direito de os credores iniciarem ou continuarem suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Em momento algum a Lei nº 11.101/2005 menciona a força atrativa do juízo universal da recuperação judicial, ficando evidente que, se o plano de recuperação for aprovado, as ações e execuções envolvendo créditos que se submetem aos efeitos da recuperação continuarão paralisadas em razão da novação condicional do artigo 59 da Lei e, caso haja o inadimplemento de qualquer obrigação prevista no plano, haverá a convolação da recuperação em falência – consoante preconiza do artigo 73 –, quando então, será instalado o juízo universal da falência.

No que se refere às ações que tenham por pretensão créditos excluídos dos efeitos da recuperação judicial, a suspensão configura a outorga de um prazo a fim de que o devedor possa tentar reorganizar a empresa e, exaurido este prazo improrrogável sem que o plano tenha sido aprovado – ou mesmo com a aprovação do plano – as ações terão seu processamento reiniciado nos respectivos juízos de origem e independentemente de pronunciamento judicial, situação que, evidentemente, não se amolda ao “princípio” do juízo universal.

De todo o exposto, percebe-se que o “princípio” do juízo uno, indivisível e universal, de exclusiva aplicação aos processos de falência – não incidindo na recuperação judicial e, muito menos, na recuperação extrajudicial – é regra de competência que tem o intuito de organizar o processo falimentar.

Da tal maneira, diante da natureza concursal do processo falimentar e do “princípio” da *par conditio creditorum* que, conforme já exposto, define a própria estrutura do campo do direito falimentar, evidente a importância de que um mesmo juízo dirima todas as questões.

Trata-se assim de regra de competência que decorre do próprio “princípio” da *par conditio creditorum*, esse sim uma “regra constitutiva”. No entanto, diante do artigo 126 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência esta norma, assim como os demais “princípios” mencionados em tal dispositivo legal, deverá ser observada caso seja pertinente para a construção de uma regra para o caso concreto.

De tal maneira, em não se tratando de uma “regra constitutiva”, de uma “norma geral” ou de um “mandamento de otimização”, tal norma seria um “princípio” apenas em seu significado comum de “norma importante”, importância confirmada pela sua própria menção no artigo 126 da Lei.

3.1.3. Publicidade

O inciso LV, do artigo 5º, da Constituição, ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, se instrumentaliza em face das partes e de seus procuradores, a teor do inciso IX, do artigo 93, da Constituição, pela exigência da publicidade e fundamentação de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

Os magistrados ao prestar a tutela jurisdicional atuam na condição de Estado-juiz, detentores de parcela da soberania estatal e ficam sujeitos à prestação de contas de suas atividades aos jurisdicionados, especificamente aos destinatários da jurisdição, além de se reportarem aos órgãos hierarquicamente superiores, às instâncias encarregadas da fiscalização institucional e à sociedade em geral. Em razão disso, se faz necessária a ampla transparência da atuação do Poder Judiciário, a fim de que seja possível a realização do controle interno e externo dos serviços judiciais.

Por isso, a participação das partes e seus advogados nas audiências, que são públicas, e a faculdade de livre acesso aos autos a qualquer pessoa constituem-se eficiente e seguro instrumento de fiscalização do povo sobre os trabalhos dos juízes, promotores de justiça e dos advogados.

De tal forma, a presença das partes e seus advogados em determinados atos só pode ser limitada em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Nesse sentido, o artigo 155, do Código de Processo Civil, ao preceituar que os atos processuais são públicos, com a ressalva dos processos que correm em segredo de justiça, nos casos de exigência do interesse público e ações que versem sobre direito de família, atende, simultaneamente ao princípio da publicidade e ao da tutela da intimidade dos indivíduos. Quanto a isso, importante mencionar ainda que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o rol das hipóteses de segredo de justiça não é taxativo, sendo autorizado o segredo quando houver necessidade de defesa da intimidade.⁶⁶

Ressalte-se, no entanto, que as partes e seus advogados não podem suportar qualquer limitação à plena ciência dos atos processuais que se refiram a eles.

⁶⁶ Recurso Especial nº 605.687, Rel. Min. Nancy Andrigli.

Ademais, a previsão constitucional de diversos tribunais, como órgãos de jurisdição superior, configura um sistema de duplo grau de jurisdição, que rende ensejo ao reexame das decisões dos órgãos inferiores e complementa a previsão de publicidade dos atos processuais.

Além do acesso aos tribunais superiores, também inexiste qualquer limite aos órgãos que exercem a fiscalização da magistratura para o livre acesso a todos os processos e incidentes processuais, como por exemplo: Corregedorias Gerais de Justiça, Conselhos Superiores e, atualmente, o Conselho Nacional de Justiça, concretizando-se, dessa forma, a ampla publicidade da jurisdição.

Assim, o desenho constitucional e infraconstitucional da publicidade do exercício da jurisdição no Brasil é denominado de publicidade restrita, uma vez que, é assegurado às partes o direito de participar de todos os atos processuais – audiências, julgamentos, livre acesso aos autos –, restringindo-se, no entanto, o livre acesso de estranhos aos feitos, bem como a publicidade ilimitada dos atos processuais.⁶⁷

Quanto à aplicação específica desse “princípio” constitucional à Lei nº 11.101/2005, importante destacar que, além do caráter obrigatoriamente público de toda atividade jurisdicional, o que significa, evidentemente, o dever de que o processo falimentar e recuperacional, assim como qualquer outro processo, seja público, tal necessidade é acentuada pela própria incidência do “princípio” da *par conditio creditorum*, do qual decorre a necessidade de que os atos no processo falimentar sejam de conhecimento geral, a fim de permitir que todos os credores se habilitem e possam fazer valer os seus direitos. Nesse sentido, tanto na falência, como na recuperação judicial se faz necessária a convocação dos credores de forma genérica para participarem do processo, sob pena de beneficiar alguns e prejudicar outros, o que afrontaria o postulado da isonomia que informa processo concursal.⁶⁸

⁶⁷ Cf. C. R. DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 235; N. NERY JUNIOR. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, pp. 209-120.

⁶⁸ E. PERUZZO DOS SANTOS. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. *Principais controvérsias na nova lei de falências*, p. 24.

Em razão da ampla transparência que deriva do postulado da publicidade, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência exige que o devedor, ao requerer a recuperação judicial, apresente a relação nominal completa de todos seus credores (inciso III, do artigo 51), ordenando ao juiz que, ao deferir o processamento da medida, determine a publicação no órgão oficial, além do resumo do pedido e da decisão proferida, da relação dos credores em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito (incisos I e II, do § 1º, do artigo 52). Em se tratando de autofalência, o devedor deverá instruir a petição inicial com a relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos (inciso III, do artigo 105). Além disso, decretada a quebra, seja a pedido do devedor ou de qualquer credor, o juiz ordenará a publicação de edital contendo a íntegra da respectiva decisão e a relação dos credores (parágrafo único, do artigo 100). Prevê-se ainda que a assembléia-geral de credores será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação, nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de quinze dias (*caput* do artigo 36,), devendo ainda a cópia do aviso de convocação ser afixada de forma ostensiva na sede e filiais do devedor (§ 1º, do artigo 36).

Ressalte-se ainda que a ampla publicidade do processo de falência e recuperação judicial e extrajudicial pode ser aferida em diversos outros dispositivos da Lei nº 11.101/2005, como por exemplo: (i) o administrador judicial, ao encerrar a fase administrativa de verificação dos créditos, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de quarenta e cinco dias (§ 2º, do artigo 7º), (ii) o quadro-geral de credores, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de cinco dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações (parágrafo único, do artigo 18), (iii) o juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixará o prazo para as objeções (parágrafo único, do artigo 53), (iv) a realização da alienação em quaisquer das modalidades mencionadas no artigo 142 da Lei será antecedida por publicação de anúncios em jornal de ampla circulação, com quinze dias de antecedência em se tratando de bens móveis e com trinta dias na hipótese de alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que

contribuam para o amplo conhecimento da venda (parágrafo único do artigo 142), (v) apresentadas as contas pelo administrador judicial, o juiz ordenará a publicação de aviso de que as contas foram entregues e se encontram à disposição dos interessados, que poderão impugná-las no prazo de dez dias (§ 2º, do artigo 154), (vi) a sentença que encerrar a falência será publicada por edital (§ 5º, do artigo 154), (vii) formulado o pedido de extinção das obrigações do falido, o juiz determinará que ele seja publicado por edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação (§ 1º, do artigo 159) e (viii) a sentença que declarar extintas as obrigações será comunicada a todas as pessoas e entidades informadas da decretação da falência (§ 4º, do artigo 159).

Além disso, mesmo no caso de pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial, sendo ele apresentado de acordo com as exigências legais, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentarem suas impugnações (artigo 164), devendo o devedor, no prazo do edital, comprovar o envio de carta a todos os credores sujeitos ao plano (§ 1º, do artigo 164).

Cumprindo ainda lembrar que, nos termos do artigo 191, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, ressalvadas as disposições específicas, as publicações ordenadas serão feitas preferencialmente na imprensa oficial e, se o devedor ou a massa falida comportar, em jornal ou revista de circulação regional ou nacional, bem como em quaisquer outros periódicos que circulem em todo o país, sendo obrigatório que, das publicações dos editais conste a epígrafe “recuperação judicial de”, “recuperação extrajudicial de” ou “falência de”, com o que se indica o correto estado do empresário ou da sociedade empresária.

A respeito dessas exigências legais, Fábio Ulhoa Coelho afirma que a veiculação dos anúncios na rede mundial de computadores – internet – cumpre a exigência de periódico de circulação nacional.⁶⁹ Ainda segundo esse autor, caso a massa não disponha de recursos

⁶⁹ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 415.

suficientes para a publicação de certos editais, não deve fazê-la, “inclusive porque costuma ser bastante custosa e sua eficácia é por vezes questionável”.⁷⁰

O princípio da publicidade, enquanto mandamento de otimização constitucional que afeta todo o sistema processual, determina que os atos judiciais sejam, na maior medida possível, públicos. Salvo exceções legais justificadas constitucionalmente – como, por exemplo, em vista da necessidade de se resguardar a intimidade. Não se trata, portanto, de um princípio especial do Direito Falimentar e Recuperacional, mas de norma constitucional que, no caso específico do direito concursal, apenas seria reforçada pelo próprio mandamento da *par conditio creditorum*, que acentua a necessidade de publicidade dos atos praticados no processo falimentar e recuperacional.

3.2. Novos “princípios” da Lei de Recuperação de Empresas e Falência

O Senado Federal, pela Comissão de Assuntos Econômicos, apresentou parecer de relatoria do Senador Ramez Tebet, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003, que deu origem à Lei nº 11.101/2005. Na visão do relator do parecer, a análise e as modificações propostas pelo Senado Federal foram formuladas com base nos seguintes princípios:

(i) Preservação da empresa: em razão de sua função social, 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 prova 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.

(ii) 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

⁷⁰ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 370.

deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.

(iii) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis: sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.

(iv) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, 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.

(v) Proteção aos trabalhadores: os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com preferência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.

(vi) 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.

(vii) Celeridade e eficiência dos processos judiciais: é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível,

simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravança seu curso.

(viii) Segurança jurídica: deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e suas contrapartes.

(ix) Participação ativa dos credores: 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 seus créditos, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.

(x) 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 sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também se diminui o risco geral das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.

(xi) Desburocratização da recuperação de micro e pequenas empresas: a recuperação de tais empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.

(xii) Rigor na punição de crimes falimentares: É preciso punir os crimes relacionados à falência e à recuperação judicial com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior

liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançado com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro.

Nesse mesmo sentido, grande parte da doutrina que se formou sobre a Lei nº 11.101/2005 vem encampando como “princípios” da nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência, aqueles assim denominados pelo relatório do Senado Federal.⁷¹

No entanto, conforme a proposta metodológica desta dissertação, parece relevante determinar se tais “princípios” se tratam efetivamente de norma jurídicas existentes em nosso ordenamento e, em caso positivo, em que sentido eles poderiam ser chamados de “princípios”, ou seja, analisar cada um deles para estabelecer se devem ser entendidos como (i) normas gerais, (ii) regras constitutivas ou (iii) mandamentos de otimização, com o intuito de esclarecer as diferentes consequências de cada uma dessas situações.

3.2.1. Preservação da empresa

O “princípio” da preservação da empresa se relaciona diretamente à função social da empresa, também chamada de função social dos meios de produção, a qual, por sua vez, decorre da função social da propriedade, por isso, primeiramente, cumpre examinar o significado de “função social da propriedade”.

Conforme o disposto nos incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, da Constituição é garantido o direito de propriedade, a qual deverá atender sua função social. Garantia que abrange não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores

⁷¹ A. PAES DE ALMEIDA. *Curso de falência e recuperação de empresa*, pp. 9-11; R. APPROBATO MACHADO. Visão geral da nova lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da recuperação de empresas. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – doutrina e prática*, pp. 25-27; E. P. DOS SANTOS. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. *Principais controvérsias na nova lei de falências*, pp. 16-33; M. P. DE SOUZA. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho*, pp. 103-109.

patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não.⁷²

Nesse sentido, já afirmava Pontes de Miranda que o direito de propriedade, é qualquer direito patrimonial, não importando se há direito real sobre bem corpóreo (propriedade, usufruto, uso, habitação, hipoteca, penhor, anticrese) ou sobre bem incorpóreo (propriedade intelectual, seja artística, literária, ou científica, ou industrial, ou direito real limitado sobre bem incorpóreo), ou se não há, na espécie, direito real (se se trata de crédito ou de pretensão, ou de ação, ou de exceção, somente pessoal).⁷³

De tal forma, segundo esse entendimento, pode-se afirmar com certeza que o direito de propriedade abrange a titularidade dos meios de produção, com a evidente inclusão da empresa, esta considerada como a organização dos fatores da produção, englobando bens móveis, imóveis, semoventes e bens imateriais, como a propriedade industrial, além dos intangíveis clássicos como a clientela, o aviamento e o direito de inerência ao ponto.

Quanto a isso, José Reinaldo de Lima Lopes afirma existirem “duas propriedades”: (i) uma propriedade que recai sobre os bens de consumo – propriedade individual – regulada pelo inciso XXII, do artigo 5º da Constituição e (ii) uma outra propriedade, que recai sobre os bens de produção.⁷⁴

Quanto à propriedade dos bens de produção o artigo 170, da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica e financeira fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os “princípios” da propriedade privada (inciso II) e da função social da propriedade (inciso III).

⁷² G. F. MENDES. *Curso de direito constitucional*, pp. 424-425.

⁷³ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, t. 5, p. 398.

⁷⁴ J. R. LIMA LOPES. *Direito civil e direito do consumidor – princípios. Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*, p. 116.

Assim, entendendo “princípio” em seu sentido constitutivo, é possível afirmar que há propriedade enquanto esta faculdade se exerce de acordo com a lei, o que, em última instância, significa afirmar que, se a propriedade tem uma função ela não existe sem essa função. Nesse sentido, ressalte-se que, se existem “duas propriedades”, a função social da propriedade pode ser cindida, de forma que há a função de garantia em uma esfera de bens – os bens de consumo – e a função econômica – bens de produção.⁷⁵

A função social dos meios de produção pode ser entendida com o significado de um dever de abstenção – não fazer –, estabelecendo o dever de o agente da atividade econômica atuar de forma não contrária ao interesse da coletividade⁷⁶, ou com o significado de um dever de comportamentos ativos, exigindo um atuar positivo consistente no dever de organizar a empresa atendendo aos interesses externos da coletividade.⁷⁷

Quanto a isso, segundo Eros Grau, enquanto a propriedade dotada de função individual encontraria sua justificativa na garantia para que o indivíduo possa prover a sua subsistência, já a propriedade dos meios de produção, dotada de função social, se justificaria pelos seus fins, de forma que a função social da propriedade imporia ao proprietário ou ao controlador da empresa o dever de exercer seu poder em benefício de outrem e não, somente, de não o exercer em prejuízo de outrem. Dessa maneira, a função social da empresa teria atuação como fonte da imposição de comportamentos positivos, dirigida ao proprietário ou controlador da empresa.⁷⁸

No entanto, importante notar que mesmo entre os autores que sustentam a necessidade de um comportamento positivo para a consecução da função social da empresa, no sentido de

⁷⁵ J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002 – convergências e assimetrias*, pp. 120-121.

⁷⁶ F. S. PASSARELLI. Proprietà privata e Costituzione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 26, p. 953; O. GOMES. Novas dimensões da propriedade privada. *Revista dos Tribunais*, v. 411, pp. 10-14.

⁷⁷ G. C. VIDIGAL. *Teoria geral do direito econômico*, p. 27.

⁷⁸ E. GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp. 207-213.

se lograr a consecução de interesses coletivos, há discussão a respeito de se a realização de tais interesses seria efetuada em um regime de livre iniciativa, no qual só se admite a participação do Estado em caráter suplementar e subsidiário à atividade privada, ou se deveria ocorrer mediante o controle social da empresa, que deve ser exercido pelo Estado, cujas diretrizes, concretizadas num programa de ação, ora resultariam de um planejamento indicativo, ora deveriam ser impostas coativamente.⁷⁹

Dessa maneira, a grande questão debatida sobre a função social da empresa refere-se aos meios adotados para a consecução de tal escopo, havendo forte dissenso sob o prisma da livre iniciativa do mercado ou da economia planejada pelo Estado.

No direito brasileiro, Modesto Carvalhosa sustenta que o controle sobre a livre iniciativa não autoriza o Estado a constranger as empresas a atuar contrariamente à sua capacidade econômica, em termos não produtivos ou antieconômicos, pois aí estaria afrontando o direito subjetivo fundamental de cada um conduzir a atividade produtiva de acordo com a sua vontade ou disponibilidade. Dessa maneira, segundo esse autor a cabe ao administrador perseguir os fins privados da companhia, desde que atendida a função social da empresa, entendida como o cumprimento das obrigações relativas (i) às condições de trabalho e às relações com seus empregados, (ii) ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, (iii) ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador e (iv) aos interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua.⁸⁰

Por outro lado, na posição oposta estão os autores que sustentam a imprescindibilidade do controle estatal sobre a atividade econômica na busca do atendimento dos interesses

⁷⁹ R. SZTAJN. A função social da empresa. *Falência e recuperação da empresa em crise*, p. 270.

⁸⁰ M. CARVALHOSA. *Comentários à Lei das S/A*, v. 3, pp. 275-276.

coletivos, o que habilita o Estado a impor de forma coativa a conduta que os empresários devem observar no exercício da atividade empresarial.⁸¹

A função social dos meios de produção configura um dever de promover a organização e a exploração da empresa consoante os postulados da justiça econômica e social, harmonizando-se os diversos interesses de todos os envolvidos na atividade empresarial, mesmo que eventualmente conflitantes. Ao Estado, como agente regulador da atividade econômica e promotor do controle social, cabe o dever de editar leis relacionadas com o cumprimento da função social dos meios de produção, não podendo, no entanto, desconsiderar a garantia constitucional da liberdade de iniciativa.

Sob tal ótica, parece-nos indiscutível que o “princípio” da preservação da empresa, adotado expressamente no artigo 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, nada mais é do que a reafirmação, no plano infraconstitucional, do “princípio” da função social da empresa. É esse o sentido da afirmação de que 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, evidenciando-se, assim, a intenção do legislador de atender ao comando do inciso III, do artigo 170, da Constituição.

No entanto, cumpre enfatizar que o “princípio da preservação da empresa” não é de exclusiva aplicabilidade por meio da recuperação judicial ou extrajudicial que foram instituídas pela Lei nº 11.101/2005. Tal “princípio” também é aplicado no processo de falência, tanto que, o artigo 75, ao preceituar que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, evidencia o objetivo primordial de preservar a empresa, mesmo que a crise econômico-financeira se mostre invencível pelos meios da recuperação. Nesse sentido, a

⁸¹ R. SZTAJN. A função social da empresa. *Falência e recuperação da empresa em crise*, p. 277.

falência também deve ser entendida como tendo o objetivo de preservar a empresa, ainda que seja necessário cometer sua exploração a outro empresário ou sociedade empresária.⁸²

Assim, também se constata a preocupação da preservação da empresa no processo de falência quando o artigo 140 da Lei arrolada as formas de alienação dos bens arrecadados pela massa falida, determinando que seja ela realizada de acordo com a ordem preferencial estabelecida nos incisos I a IV, prevendo, em primeiro lugar, que a “alienação da empresa” seja feita com a “venda de seus estabelecimentos em bloco”, evidenciando a busca pela preservação da empresa como “organização”, o que se justifica em face de sua função social.

Na verdade, o princípio da preservação da empresa é um mandamento de otimização de natureza constitucional – enquanto derivado do princípio da função social dos meios de produção – aplicável tanto à recuperação judicial e extrajudicial, como também ao processo de falência.

Trata-se do objetivo central de todo o Direito Falimentar e Recuperacional, que, seja por meio do próprio instituto da recuperação, seja, quando inevitável, por meio da falência, tem como seu objetivo principal a preservação da atividade empresarial.

Nesse sentido, enquanto a *par conditio creditorum* é a regra constitutiva fundamental que estrutura o próprio campo do Direito Falimentar e Recuperacional, o princípio da preservação da empresa tem a natureza de seu objetivo central, que em maior ou menor medida, conforme os limites fáticos e jurídicos existentes, é concretizado por todos os dispositivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

3.2.2. Separação dos conceitos de empresa e de empresário

⁸² C. K. ZANINI. Art. 75. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falência*, p. 338.

A distinção do conceito de empresa e de empresário, amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência sobre o tema, foi feita pioneiramente em clássico ensaio de Alberto Asquini sobre o Código Civil italiano de 1942.⁸³

Assim, o conceito de empresa, entendido enquanto um fenômeno econômico poliédrico, tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos vários elementos que o integram: subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo.

Pelo perfil subjetivo, a empresa é considerada no sentido de “empresário”, definido pelo artigo 2082 do Código Civil italiano como aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou a troca de bens ou serviços. Empresário é, segundo esta definição, o sujeito de direito, que pode ser pessoa física ou jurídica privada ou pública, que exerce em nome próprio a atividade empresarial. A face subjetiva da empresa é sua atuação como sujeito de direito, pessoa física – empresário individual – ou pessoa jurídica – sociedade empresária –, que, em nome próprio e com capital e patrimônio autônomo, organiza os fatores da produção, com escopo lucrativo.

Esse mesmo o sentido foi adotado pelo direito privado brasileiro a partir da promulgação do Código Civil de 2002, segundo o qual, “empresário” é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (artigo 966), excluindo-se apenas aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, salvo se tal exercício constituir elemento de empresa (parágrafo único, do artigo 966).

Em seu perfil funcional a empresa é visualizada como “atividade”, como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo. Voltada, de um lado, a recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição dos determinados bens ou serviços, e de outro a realizar a troca dos

⁸³ A. ASQUINI. *Profili dell'impresa. Rivista del diritto commerciale*, pp. 1-20.

bens ou serviços colhidos ou produzidos. Segundo tal teoria consideravam-se como operações fundamentais da empresa as operações passivas destinadas à contratação e a organização do trabalho e às operações ativas voltadas para a troca dos bens e serviços colhidos ou produzidos e, como operações acessórias, aquelas auxiliares destas. A conexão das diversas operações explica-se pelo fim de organizar a produção para a troca.

O perfil patrimonial ou objetivo é o que se refere à empresa como patrimônio “aziendal” e como estabelecimento. O exercício da atividade empresarial dá lugar à formação de um complexo de relações jurídicas que tem por centro o empresário, assim a característica eminente de tal patrimônio é a de ser resultante de um complexo de relações organizadas por uma força em movimento – a atividade do empresário – que tem o poder de desmembrar-se da pessoa do empresário e de adquirir por si mesma um valor econômico.

O último perfil suscitado por Asquini é o “corporativo”, que seria a empresa como instituição, vale dizer, a organização formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores, formando um núcleo social organizado, em função do fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e de seus auxiliares, visando ao melhor resultado econômico possível. Tal instituição se funda na hierarquia das relações entre o empresário, dotado de poder de mando e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade no interesse comum.

Examinando-se a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, verifica-se que nela é nítida a distinção de tratamento entre o “empresário” – individual ou sociedade – e a organização, esta concebida como a própria atividade organizada, com destaque, também, para a projeção econômica da empresa, ou seja, o estabelecimento e, ainda faz menção a uma novidade que é a “unidade produtiva isolada” prevista no artigo 60, da Lei.

Assim é que no artigo 50, que arrola exemplificativamente os meios de recuperação judicial, as previsões de “alteração do controle societário” (inciso III), a “substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos”

(inciso IV), o “trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados” (inciso VII), a “constituição de sociedade de credores” (inciso X), a “venda parcial de bens” (inciso XI), o “usufruto da empresa” (inciso XIII) e a “administração compartilhada” (inciso XIV), evidenciam a distinção entre “empresário”, a “organização empresarial” e o “estabelecimento”.

Da mesma forma é a previsão do artigo 75 da Lei, pois ao afastar o “empresário” ou os administradores estatutários ou contratuais da sociedade empresária quando é decretada a falência, nítida é a distinção entre o conceito de empresário ou sociedade empresária e a organização funcional e a projeção econômica – estabelecimento – da empresa. O mesmo ocorre com a regra do artigo 140 que ordena preferencialmente a alienação judicial da empresa, inserindo como primeira alternativa a “venda dos estabelecimentos em bloco”, isto significa, a totalidade da organização (funcional) e a integralidade dos estabelecimentos (objetivo).

De tal forma, apesar da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, como é natural, se filiar à teoria da empresa, previamente adotada pelo direito privado brasileiro quando da promulgação do Código Civil de 2002, a separação entre o conceito de empresa e de empresário, não se trata verdadeiramente de um “princípio” do Direito Falimentar e Recuperacional, seja em seu sentido de regra constitutiva, de norma geral, ou de mandamento de otimização.

Trata-se, na verdade, de regra constitutiva do direito empresarial como um todo, que tem na “empresa”, “empresário” e “estabelecimento empresarial” os seus conceitos fundamentais, conceitos utilizados pelo Direito Falimentar e Recuperacional, enquanto sub-área do Direito Empresarial que, por sua vez, é uma sub-área do Direito Privado, definida, exatamente, pelo conceito de “empresa”.

3.2.3. Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis

Em primeiro lugar, em rigor, se houver efetivamente um “princípio” desta ordem, deveria ele ser rotulado de “princípio da recuperação das empresas recuperáveis”, isto porque, emerge do sistema adotado pela Lei nº 11.101/2005 a intenção de preservar a empresa, não havendo preocupação em se proteger ou tutelar a figura do empresário ou da sociedade empresária.

Na verdade, o que se constata é que ao se estabelecer o princípio da preservação da empresa e, especialmente, ao adotar o instituto da recuperação judicial e extrajudicial de empresa, promoveu-se relevante alteração no tratamento da empresa em crise econômico-financeira, no que concerne à sua reorganização.

No Decreto-lei nº 7.661/45, previa-se a concordata – preventiva ou suspensiva –, como o meio adequado para se buscar a reorganização da empresa, vale dizer, evitar ou superar a falência. A concordata preventiva tinha o objetivo de impedir o decreto de quebra. Já, a concordata suspensiva, que era aplicada à empresa falida, objetivava a suspensão do processo de quebra para outorgar-se oportunidade de o falido se reerguer, voltando a exercer sua atividade empresarial. Sob a égide da legislação anterior, a concordata era regulada como sendo um “favor legal” ou um “benefício legal”, conferido ao comerciante, infeliz nos negócios, porém honesto.⁸⁴

Desse modo, ao devedor que requeresse a concordata, exigia-se apenas que comprovasse satisfazer os requisitos arrolados no artigo 148, da antiga Lei Falimentar, para que o juiz lhe concedesse o “favor legal”. Não havia na Lei anterior qualquer exigência no sentido de o comerciante ou sociedade comercial ter que demonstrar no seu pedido de concordata, que empresa por ele dirigida ou administrada era viável economicamente, isto é, que sua atividade organizada merecesse ser preservada. Por isso, grande número de concordatas eram concedidas pelo Poder Judiciário sem que houvesse qualquer preocupação com a efetiva possibilidade de a empresa se restabelecer sob a ótica da economia e da ciência

⁸⁴ R. REQUIÃO. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 16.

da administração de empresas, circunstância que, por óbvios motivos, acarretou a posterior falência de muitas dessas empresas.

Por sua vez, a Lei nº 11.101/2005, a par de alterar a natureza jurídica da concordata, que ao ser substituída pela recuperação judicial deixou de ser “favor legal” concedido por sentença judicial, passando a ostentar natureza contratual – uma vez que a recuperação só poderá ser concedida se o plano de recuperação for aprovado pela assembléia-geral de credores –, trouxe grande modificação ao sistema no que se refere à necessidade de o devedor comprovar a seus credores a viabilidade econômica de sua empresa para que ela possa ser judicialmente recuperada.

O artigo 53, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, estabelece a necessidade de o plano de recuperação conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, a demonstração de sua viabilidade econômica e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Tratando da “viabilidade da empresa”, Fábio Ulhoa Coelho diz que ela deve ser examinada pelo Poder Judiciário, em função de vetores como (i) a importância social – a questão da viabilidade da empresa deve considerar as condições econômicas a partir das quais é possível planejar-se a reorganização da empresa e a relevância que ela tem na economia local, regional ou nacional –, (ii) a mão de obra e tecnologia empregadas – fatores que, na atualidade, podem se complementar ou, eventualmente, se excluir, pode ocorrer de sem modernizar a tecnologia usada a empresa não se reorganize, mas ao ser modernizada, ela utilizar-se-á de menor número de empregados, (iii) volume do ativo e passivo, (iv) tempo da empresa e (v) porte econômico – as medidas recomendadas para uma grande empresa não podem ser aplicadas a um pequeno empresário.⁸⁵

⁸⁵ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, pp. 127-128.

O plano é o elemento central para a análise da estratégia desenhada para o sucesso ou não da recuperação judicial, devendo conter a demonstração de sua viabilidade econômica, pois, caso ela não esteja comprovada, não se justifica deferir a recuperação judicial, que significaria apenas o prolongamento da agonia da empresa, que, continuando a exercer sua atividade no mercado, obviamente, não atenderá à função social que justifica o deferimento do pedido.

Assim, diante da constatação de que só merecem a recuperação judicial as empresas que comprovarem sua viabilidade econômico-financeira, isto é, que tenham condições de se reorganizar, e de que, em nome da recuperação da empresa – entendida em seu perfil funcional, como atividade empresarial – pode-se sacrificar o empresário – pessoa física ou jurídica – percebe-se que o que não se trata de um “princípio” autônomo do Direito Falimentar e Recuperacional, mas apenas a reafirmação do princípio da preservação da empresa em vista de sua função social.

3.2.4. Retirada do mercado das sociedades empresárias e empresários não recuperáveis

Tal “princípio” condiz com afirmações com de que a falência visa retirar do mundo econômico o organismo comercial cuja atividade possa ser prejudicial ao crédito em geral, atuando em completa liquidação de seus bens e repartindo o produto entre os credores, de tal forma que, a satisfação dos credores seria apenas uma consequência lógica da liquidação e não a sua causa determinante.⁸⁶

Nesse sentido, Sérgio Campinho argumenta que o fim maior e imediato do instituto falimentar é o de propor providências que possam ser realizadas na via judicial, para solucionar a situação da insolvência do empresário devedor, promovendo a liquidação do patrimônio insolvente, saneando o mercado e assegurando a proteção do crédito.⁸⁷

⁸⁶ C. D'AVACK. *La natura del fallimento*, p. 117.

⁸⁷ S. CAMPINHO. *Falência e recuperação de empresas*, p. 196.

Quanto a isso, apesar de não haver divergência sobre o interesse coletivo existente no processo de falência, o qual, mesmo abrangendo interesses de natureza privada, é regido por normas de ordem pública, desde a origem da falência, notadamente na idade média, divergem os doutrinadores sobre o verdadeiro objeto do instituto.

Assim, duas correntes de opinião foram constituídas a respeito do real escopo da falência: uma considera que o grande objetivo do instituto é garantir a igualdade de tratamento aos credores integrantes da mesma classe, haja vista que o patrimônio do devedor é a garantia geral dos credores; outra corrente, nega que a *par conditio creditorum* possa ser considerada como o objetivo principal do processo de quebra, sustentando que o Estado, por meio da legislação falimentar, objetiva a eliminação das empresas econômica e financeiramente arruinadas, em virtude das perturbações e perigos que podem causar ao mercado, com reflexos em outros organismos. Quanto a isso, parece mais acertada a afirmação de Rubens Requião, segundo o qual, tanto a *par conditio creditorum*, como o saneamento do meio empresarial, constituem elementos que se devem levar em conta para a compreensão da finalidade do instituto falimentar.⁸⁸

Verifica-se assim que tradicionalmente, um dos principais objetivos do processo de falência sempre foi considerado o saneamento do mercado, ou seja, a retirada do empresário que não honra seus compromissos na forma convencionada ou de acordo com a lei. Porém, da mesma maneira que no tópico anterior, da simples leitura do denominado “princípio da retirada do mercado das sociedades empresárias e empresários” não recuperáveis, verifica-se com facilidade que a assertiva não parece ter autonomia “principiológica”, constituindo-se simples consequência do princípio da preservação da empresa.

Destarte, não se trata de um “princípio” da Lei nº 11.101/2005, mas sim, de uma decorrência do fato de que a empresa que se encontra em crise econômico-financeira não está

⁸⁸ R. REQUIÃO. *Curso de direito falimentar*, v. 1, pp. 22-25.

cumprindo sua função social, pois, evidentemente, não paga seus fornecedores e empregados, não recolhe tributos, não cria riquezas, ao contrário, descumpre sua função social, podendo, ao contaminar outras empresas, desorganizar o mercado empresarial.

A retirada do mercado das empresas que não se mostram recuperáveis, ou seja, que não atendam aos requisitos exigidos para a obtenção da recuperação judicial é, nesse sentido, um objetivo da Lei falimentar apenas enquanto uma consequência lógica do “princípio da preservação da empresa”, ou seja, ao ter como seu fim a recuperação das empresas recuperáveis, a Lei, obviamente, deve também cuidar da eliminação das empresas não recuperáveis.

Bem por isso, o artigo 105, da Lei nº 11.101/2005, preceitua que o devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade do prosseguimento da atividade empresarial: é a autofalência, que não se constitui mera faculdade, mas é prevista na legislação como um dever do empresário que se enquadre na situação delineada no referido dispositivo legal.

3.2.5. Proteção aos trabalhadores

Ao relatar o projeto que deu origem à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, o Senado Federal dá destaque ao princípio da proteção aos trabalhadores. Argumenta que os trabalhadores têm como único ou principal bem sua força de trabalho, razão pela qual devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservam também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.

A autonomia da jurisdição trabalhista é estabelecida pelo artigo 114 da Constituição, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com a consequente ampliação da competência da justiça trabalhista, que passou a julgar as ações oriundas da

relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Na redação anterior a competência da justiça laboral era restrita ao julgamento dos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, vale dizer, temática inferior à amplitude agora prevista na abrangência das “ações oriundas da relação de trabalho”. Disso resulta a autonomia da jurisdição trabalhista e sua competência exclusiva para dirimir as lides decorrentes das relações de trabalho, afastando, inclusive, o “princípio” da universalidade, unidade e indivisibilidade do juízo da falência, como já tratado anteriormente.

O direito do trabalho surgiu em virtude da necessidade de se tutelar de forma mais efetiva os interesses dos trabalhadores, uma vez que, a aplicação pura e simples dos “princípios” da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e liberdade de estabelecer o conteúdo dos contratos, vigentes no direito privado, mostraram-se insuficientes para garantir a livre negociação entre empregado e empregador em razão da desigualdade econômica das partes.⁸⁹

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho enfatiza que no direito do trabalho o “princípio” da autonomia da vontade é inteiramente inoperante, uma vez que, o empregado não contrata porque quer, com quem quer e do modo que quer. O tratamento protetivo que o direito do trabalho confere ao trabalhador na celebração do contrato de trabalho, onde há nítida desigualdade econômica entre o empregador e empregado justifica-se, assim, pela clássica assertiva de que “entre o forte e o fraco, a liberdade escraviza e o direito liberta”.⁹⁰

De tal forma, praticamente de forma pacífica a doutrina trabalhista se manifesta no sentido de que o “princípio” da proteção ao trabalhador opera-se por três outros “sub-princípios”, a saber: (i) *in dubio pro operário*, (ii) aplicação da norma mais favorável e (iii) da condição mais benéfica.⁹¹

⁸⁹ O. GOMES. *Contratos*, p. 22.

⁹⁰ F. U. COELHO. *Curso de direito comercial*, v. 3, p. 13.

⁹¹ A. J. RUPRECHT. *Os princípios do direito do trabalho*, p. 9.

In dubio pro operario significa que, na hipótese de se deparar com uma norma que enseje distintas interpretações, deve o magistrado eleger aquela que seja mais favorável ao trabalhador. Ressalte-se que tal “princípio” só pode ser aplicado quando houver efetiva dúvida sobre o alcance da norma legal, sendo imperioso, também, que não afronte o verdadeiro significado da norma. Além disso, não pode ser utilizado pelo juiz quando da apreciação das provas produzidas, já que se limita à interpretação da norma sem qualquer relação com a divisão do ônus probatório.

Já o “princípio da norma mais favorável”, impõe ao intérprete do direito do trabalho, em cumprimento ao princípio da proteção ao trabalhador, que, no caso de haver mais de uma norma aplicável ao caso concreto, deve ser aplicada aquela que tenha conteúdo mais benéfico ao trabalhador, ainda que não se atenda aos critérios tradicionais da hierarquia normativa. Em suma, mesmo que a norma mais benéfica seja hierarquicamente inferior à outra, deve ser aplicada, haja vista que a Lei estabelece o mínimo, e não o máximo. Apenas no caso de normas proibitivas é que não se aplica a regra mais favorável, haja vista a prevalência daquelas sobre as demais, uma vez que, deve prevalecer o interesse coletivo sobre o individual.

Por fim, o “princípio da condição mais benéfica” está relacionado a uma situação concreta, isto é, se o trabalhador tem um determinado direito previsto em seu contrato de trabalho, este não poderá ser abolido por norma posterior, isto porque os direitos incorporados ao contrato de trabalho têm a marca da definitividade e não da provisoriedade, assim, tendo o trabalhador obtido uma vantagem que lhe foi conferida em seu contrato de trabalho em caráter definitivo, inviável sua supressão, mesmo que, lei posterior venha a abolir o referido direito.⁹²

Nesse sentido, o “princípio da proteção ao trabalhador” tem no direito do trabalho o mesmo significado do “princípio da vulnerabilidade do consumidor” no direito consumerista,

⁹² M. P. de Souza. *A nova lei de recuperação e falências e suas consequências no direito e no processo do trabalho*, pp. 91-94.

qual seja, aquele de um pressuposto, ou seja, de um “princípio” em seu significado de “regra definidora” que dá a própria estrutura do campo do direito do trabalho, o qual é protetivo por definição.⁹³

Esse tema tem particular relevância no âmbito do direito falimentar e recuperacional em razão da disciplina dos créditos derivados da legislação do trabalho e dos decorrentes de acidentes de trabalho na recuperação de empresas e na falência. No entanto, a regulamentação dos credores trabalhistas e por acidentes de trabalho não é idêntica nas diversas modalidades de recuperação de empresas e no processo de falência.

Em primeiro lugar, ressalte-se que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência aboliu a concordata que era prevista no Decreto-lei nº 7.661/45 e instituiu a recuperação de empresas como o meio processual destinado à reorganização da empresa individual ou da sociedade empresária, havendo três procedimentos distintos previstos para a recuperação de empresas: (i) recuperação judicial, (ii) recuperação judicial especial para microempresas e empresas de pequeno porte e (iii) recuperação extrajudicial.

Os credores trabalhistas e por acidentes do trabalho submetem-se à recuperação judicial, uma vez que o artigo 49, da Lei nº 11.101/2005, preceitua que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, com exceção daqueles arrolados nos §§ 3º e 4º, ou seja, credores por alienação fiduciária de móveis ou imóveis, arrendador mercantil, proprietário ou promitente vendedor de imóvel com cláusula de irrevogabilidade e os credores por adiantamento de contrato de câmbio para exportação. Em face de tais dispositivos legais, todos os créditos trabalhistas, inclusive aqueles que estejam sendo discutidos em reclamações trabalhistas, existentes na data do requerimento da recuperação judicial serão atingidos pelo plano. Da mesma forma, não se submetem à recuperação judicial os créditos trabalhistas e acidentários constituídos depois do ajuizamento do pedido, os quais não serão atingidos pelo plano de recuperação.

⁹³ J. R. LIMA LOPES. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*, p. 103.

Ademais, os créditos trabalhistas e acidentários não se submetem ao plano de recuperação judicial especial para microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que, o inciso I, do artigo 71, da Lei, preceitua que o instituto especial abrangerá exclusivamente os créditos quirografários. Da mesma forma, não serão abarcados pela recuperação extrajudicial os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, a teor do § 1º, do artigo 161, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Em síntese, os credores trabalhistas e por acidentes do trabalho estão sujeitos, exclusivamente, à recuperação judicial de empresas que não se enquadrem como “microempresas” ou “empresas de pequeno porte”. Anote-se, no entanto, que a recuperação judicial das “microempresas” e “empresas de pequeno porte” pode ser requerida sem a aplicação do procedimento especial dos artigos 70 e 71, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, não sendo elas obrigadas a optar pelo procedimento especial. Por isso, se a microempresa e a empresa de pequeno porte não afirmarem sua intenção de se valer do plano especial, como exige o § 1º, do artigo 70, da Lei, a recuperação judicial será a comum e, neste caso, os créditos trabalhistas e por acidentes do trabalho estão submetidos ao plano.⁹⁴

Nessa hipótese, para se habilitarem na recuperação judicial, caso o respectivo crédito já não esteja relacionado, ou esteja indicado erroneamente na relação apresentada pelo devedor (inciso III, artigo 51), deverão apresentar requerimento durante a verificação promovida pelo administrador judicial (§ 1º, artigo 7º e § 2º, artigo 6º), não havendo necessidade de se buscar por meio de processo judicial o reconhecimento do crédito, já que a Lei autoriza que, preliminarmente, na via administrativa, seja procedida a verificação e habilitação do crédito. No entanto, na hipótese de o administrador judicial não acatar o pleito administrativo de habilitação ou modificação do crédito trabalhista, o credor poderá valer-se da impugnação judicial prevista (artigo 8º), que deverá ser processada perante a justiça especial até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado na

⁹⁴ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 191.

sentença proferida pela Justiça do Trabalho. O mesmo ocorrerá no caso de falência do empregador.⁹⁵

O juiz trabalhista competente para conhecer e julgar a reclamação trabalhista promovida contra o devedor em recuperação judicial poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido e líquido o direito do trabalhador ou acidentado, será seu crédito incluído na classe própria (§ 3º, artigo 6º).⁹⁶ Da mesma forma, no caso de habilitação de crédito retardatária formulada por credor trabalhista ou por acidente do trabalho (artigo 10), a competência para o julgamento e para o pedido de reserva é da Justiça do Trabalho, a teor do artigo 114, da Constituição e § 2º, do artigo 7º e § 4º, do artigo 10, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Quanto a isso, ressalte-se que, apesar de os credores retardatários em regra não terem direito a voto nas deliberações da assembléia-geral de credores, o caso dos credores titulares de crédito derivados da relação de trabalho é uma exceção, consoante previsão do §1º, do artigo 10, da Lei. Verifica-se, assim, que os credores trabalhistas retardatários, ao contrário do que ocorre com todos os demais, poderão votar na assembléia-geral de credores, desde que tenham obtido reserva de importâncias, conforme preceitua o artigo 39, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Trata-se, assim, de caso típico de tutela especial concedida aos credores trabalhistas, não extensiva aos demais credores.⁹⁷

Tais normas jurídicas refletem a proteção aos credores trabalhistas no que concerne à tutela jurisdicional que lhes é outorgada pela própria Constituição ao instituir a Justiça do Trabalho, a qual tem competência absoluta para dirimir todos os conflitos derivados das relações de trabalho. Por isso, mesmo estando o empregador na situação de “empresa em recuperação judicial”, a Lei nº 11.101/2005 regula minuciosamente as hipóteses em que os

⁹⁵ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, pp. 70 ss.; S. CAMPINHO. *Falência e recuperação de empresa*, p. 111.

⁹⁶ S. CAMPINHO. *Falência e recuperação de empresa*, p. 112.

⁹⁷ P. F. C. S. DE TOLEDO. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 30.

créditos derivados da legislação trabalhista e por acidentes do trabalho deverão ser tutelados pela justiça especial, que decidirá as reclamações trabalhistas, as impugnações que versarem sobre créditos trabalhistas, os pedidos de reserva e a ação rescisória especial do artigo 19, cabendo ao juiz que preside o processo de recuperação judicial, observar as decisões prolatadas pela Justiça do Trabalho.

No que diz respeito ao plano de recuperação judicial, prevê ainda a Lei nº 11.101/2005 prazo máximo no plano para o pagamento dos trabalhadores, importante regra que confere proteção especial aos credores trabalhistas. Assim, o *caput*, do artigo 54, da Lei, estabelece que o plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial, além disso, seu parágrafo único prevê que o plano não poderá prever prazo superior a trinta dias para o pagamento até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Assim, apesar da possibilidade de o plano de recuperação modificar ou novar os créditos trabalhistas ou por indenização por acidente de trabalho, bastando para isso que a maioria dos credores da respectiva classe aprove as propostas do plano com observância do quorum legal, quando do ajuizamento do pedido, essas duas regras deverão ser respeitadas.⁹⁸

Ressalte-se, no entanto, que a doutrina é controvertida no que concerne ao termo inicial do prazo de um ano previsto para o pagamento dos créditos trabalhistas e acidentários. Assim, Rachel Sztajn entende que ele se inicia na data da aprovação do plano⁹⁹, já Manoel Justino Bezerra Filho, afirma que o prazo de um ano deve ser contado a partir do dia do ajuizamento do pedido, por ser mais benéfico aos trabalhadores¹⁰⁰. No que concerne ao início do prazo de trinta dias para o pagamento, tendo em vista a natureza alimentar da verba, o prazo deve ser

⁹⁸ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 163.

⁹⁹ R. SZTAJN. Art. 54. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 268.

¹⁰⁰ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 169.

contado da data da juntada do plano de recuperação, a qual deve ocorrer no prazo improrrogável de sessenta dias após o ajuizamento, pois apesar de que o prazo deveria fluir a partir do ajuizamento do pedido de recuperação, isto inviabilizaria o processamento, haja vista que não há ainda a relação dos empregados, a qual só será formulada com a apresentação do plano.¹⁰¹

Outro tema afeto à proteção aos trabalhadores é o que se refere à classificação dos créditos, que é realizada na recuperação judicial e na falência.

O administrador judicial é o encarregado de promover a consolidação do quadro-geral de credores, que será homologado pelo juiz (artigo 18). O quadro-geral deverá mencionar a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência, observando-se o regramento classificatório da legislação especial (parágrafo único, do artigo 18). Tendo em vista que a Lei nº 11.101/2005, ao regulamentar a recuperação judicial, que substituiu a antiga concordata, não restringiu o instituto aos créditos quirografários, os créditos decorrentes da legislação do trabalho e por acidentes do trabalho, deverão ser classificados no quadro-geral de credores, que será elaborado pelo administrador judicial, tanto na recuperação judicial, como na falência.

Destaque-se que a Lei nº 11.101/2005 promoveu profunda alteração, se comparada com o anterior Decreto-lei nº 7.661/45, no que se refere à classificação dos créditos derivados da legislação do trabalho e acidentes do trabalho. Na legislação anterior, tais créditos eram classificados como superpreferenciais, havendo uma preferência absoluta e prioritária para os créditos por acidentes de trabalho, seguindo-se, na ordem classificatória, os créditos decorrentes da legislação trabalhista.

A grande alteração legislativa atingiu os créditos derivados da legislação trabalhista, que mantiveram a preferência, mas agora limitada ao valor correspondente a cento e cinquenta

¹⁰¹ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 170.

salários-mínimos por credor, conforme preconiza o inciso I, do artigo 83, da Lei nº 11.101/2005. Assim, os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite de cento e cinquenta salários-mínimos por credor, serão classificados como créditos quirografários, na dicção da alínea c, do inciso VI, do artigo 83, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Além disso, também perderão a qualidade de créditos preferenciais os créditos trabalhistas cedidos a terceiros, que serão considerados quirografários, nos termos do § 4º, do artigo 83, da Lei.

Destaque-se que o limite de cento e cinquenta salários-mínimos, aplicado na classificação dos créditos derivados da legislação do trabalho, não se aplica aos créditos decorrentes de acidentes de trabalho, o que implica tratamento mais benéfico para os titulares de indenizações acidentárias trabalhistas.

Quanto a isso, é importante esclarecer que as indenizações por acidentes de trabalho que são classificadas como créditos preferenciais no inciso I, do artigo 83, da Lei, não são aquelas previstas nas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, que cuidam da seguridade social. Tais indenizações são de responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – e não integram o quadro-geral de credores da recuperação judicial, nem da falência. Assim, a indenização acidentária que merece a classificação preferencial é a que deriva da previsão do inciso XXVIII, do artigo 7º, da Constituição, fundada na culpa ou dolo do empregador.

Também merece ser mencionado o tratamento benéfico que a Lei nº 11.101/2005 outorga aos trabalhadores que continuarem a prestar serviços ao empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial. Prevê o inciso V, do artigo 84, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência que as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do artigo 67, serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no artigo 83.

É interessante anotar também que o artigo 41 estabelece que a assembléia-geral de credores será composta pelas seguintes classes: (i) titulares de créditos derivados da legislação

do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, (ii) titulares de créditos com garantia real, (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. Da mesma forma o Comitê de Credores será constituído por um representante indicado pela classe de credores trabalhistas (inciso I, do artigo 26), ou seja, a primeira classe da assembléia-geral é a formada pelos credores trabalhistas, a qual poderá indicar seu representante que comporá o Comitê de Credores.

Há ainda tratamento diferenciado para os credores da classe trabalhista quando da votação sobre o plano de recuperação judicial. Prevê o § 1º, do artigo 45, da Lei, que nas classes referidas nos incisos os credores trabalhistas, diferentemente das outras classes, deliberarão sobre o plano em uma única votação, na qual cada credor vale um voto, independentemente do valor de seu crédito, considerando-se aprovado o plano se os trabalhistas o votarem favoravelmente por maioria simples.

Por fim, complementando o sistema protetivo dos trabalhadores, verifica-se que os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia (§ 5º, do artigo 37).

Quanto à proteção aos direitos do trabalhador na falência, a teor do artigo 115, a decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido na forma prevista na Lei nº 11.101/2005.

No processo de falência há quatro categorias de créditos trabalhistas:

(i) os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador, que serão pagos tão logo haja disponibilidade de caixa (artigo 151).

(ii) os créditos trabalhistas extraconcursais, que deverão ser pagos em seguida às restituições (artigo 149), que são os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, por trabalhos prestados ao devedor durante a recuperação judicial, na hipótese de ocorrer a convolação em falência, ou por trabalhos prestados após a falência (artigo 67 e incisos I e V do artigo 84).

(iii) os créditos trabalhistas concursais preferenciais, que são aqueles derivados da legislação trabalhista, limitados ao valor correspondente a cento e cinquenta salários-mínimos por trabalhador e os decorrentes de acidentes de trabalho sem limite de valor (inciso I, do artigo 83)

(iv) os créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite de 150 salários-mínimos por trabalhador, que são classificados como quirografários (alínea c, do inciso VI, do artigo 83) e os que forem cedidos a terceiros, que também são considerados quirografários (§ 4º, do artigo 83).

No que concerne à verificação e habilitação de crédito, tudo o que foi afirmado anteriormente em relação à recuperação judicial, aplica-se ao processo de falência. Em síntese, se o crédito trabalhista ou por acidente do trabalho não estiver indicado na relação de credores publicada no edital previsto no parágrafo único, do artigo 99, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, os credores poderão apresentar suas habilitações ao administrador judicial (§ 2º, do artigo 6º e § 1º, do artigo 7º). Perdendo o prazo legal, poderão requerer a habilitação retardatária (artigo 10), ressaltando-se que tanto a habilitação retardatária, como a impugnação prevista no artigo 8º, da Lei, deverão ser formuladas perante a Justiça do Trabalho. Poderão ainda os credores trabalhistas se valer da ação rescisória especial, prevista no artigo 19, que, a teor do § 1º deste mesmo artigo, também se insere na competência da Justiça trabalhista.

Ainda no campo da proteção aos direitos dos trabalhadores no processo de falência outra regra merece ser examinada, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, ao

disciplinar o pagamento aos credores na falência, estabelece em seu artigo 149 a seguinte ordem: (i) restituições em dinheiro, (ii) créditos extraconcursais; (iii) créditos concursais. No entanto, antes de se realizar qualquer pagamento no processo de falência, impõe-se a observância do artigo 151, da Lei, segundo o qual os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 salários mínimos por trabalhador serão pagos tão logo haja disponibilidade de caixa. Previsão de pagamento antecipado que teria, segundo parte da doutrina, o objetivo de afastar as resistências opostas à limitação dos créditos trabalhistas preferenciais ao valor correspondente a 150 salários-mínimos.¹⁰²

Há, no entanto, grave controvérsia sobre a classificação do crédito previsto no artigo 151, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência entre aqueles que sustentam que o crédito estritamente salarial, até o limite de cinco salários por trabalhador, vencidos nos três meses anteriores ao decreto de quebra, configure mera antecipação do valor total devido a cada trabalhador e aqueles que afirmam que tal previsão criou uma nova categoria de credores, que poderiam ser considerados “superprivilegiados” ou “superprioritários”. Trata-se de dúvida de relevante importância prática, uma vez que, caso se entenda que a previsão do artigo 151 se constitui em simples antecipação do pagamento dos créditos trabalhistas, o pagamento antecipado só poderá ser feito mediante prévio exame pelo administrador judicial sobre a suficiência dos recursos da massa falida para pagar todos os credores extraconcursais; na hipótese de se constatar que os valores do ativo não têm força suficiente para a realização dos créditos extraconcursais, a antecipação não poderá ser feita.

Quanto a isso, Manoel Justino Bezerra Filho afirma que o valor previsto no artigo 151 deverá ser pago tão logo haja disponibilidade em caixa, enfatizando que esse pagamento deve ser efetuado antes de qualquer outro, preferindo, inclusive, as despesas para a movimentação do processo, os valores correspondentes às restituições e os créditos extraconcursais. Posicionamento que implica admissão de que os créditos salariais disciplinados no referido

¹⁰² M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 342.

dispositivo legal constituem nova classe que pode ser denominada de superpreferencial ou superprioritária.¹⁰³

Em posição distinta, Fábio Ulhoa Coelho afirma cuidar-se de mera antecipação dos saldos estritamente salariais, prevista como medida da tutela da dignidade do empregado, em face de sua natureza alimentar, não representando, portanto, uma prioridade. Em razão disso, afirma que o administrador judicial não poderá realizar a antecipação salarial se for possível constatar que os recursos da massa falida não serão suficientes para o pagamento dos credores trabalhistas e acidentários previstos no inciso I, do artigo 83, da Lei.¹⁰⁴

Segundo Francisco Satiro de Souza Junior, a confusão é justificada, uma vez que o artigo 151, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, não alude à modificação da classificação dos créditos trabalhistas, que, de forma expressa, são classificados como concursais no artigo 83, da Lei. Além disso, no artigo 149, da Lei, ao regular a ordem de pagamento dos credores do falido, determina-se que os créditos concursais só serão pagos após satisfeitos os valores das restituições e os extraconcursais arrolados no artigo 84 da Lei. Ressalta ainda que, para tornar mais confusa a situação, o parágrafo único, do artigo 86, da Lei, prevê que as restituições em dinheiro, inclusive os créditos decorrentes de Adiantamento de Contrato de Câmbio – ACC –, só poderão ser realizados após o pagamento das antecipações preconizadas pelo artigo 151, da Lei. No entanto, não teria havido alteração da classificação de créditos, de forma que a antecipação do pagamento salarial prevista no artigo 151 e no parágrafo único, do artigo 86, da Lei, só poderá ocorrer se houver certeza de que os recursos disponíveis na massa falida serão suficientes para o pagamento das restituições em dinheiro, dos créditos extraconcursais e concursais.¹⁰⁵

De todo o exposto, percebe-se que a proteção aos trabalhadores, concretizada na Lei de Recuperação de Empresas e Falência em diversos dispositivos, não se trata de um “princípio”

¹⁰³ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 343.

¹⁰⁴ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 383.

¹⁰⁵ F. S. DE SOUZA JUNIOR. Art. 151. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, pp. 510-512.

do Direito Falimentar e Recuperacional, mas de “princípio” constitucional que deve ser realizado na maior medida possível, conforme os limites fáticos e jurídicos existentes. Nesse sentido, ele tem como seu corolário, além da previsão na Constituição de direitos trabalhistas, a própria existência de uma Justiça do Trabalho, que tem toda sua organização orientada pelo fim de concretizar a tutela dos direitos do trabalhador.

Sendo um princípio constitucional, apesar de não ser propriamente um princípio do Direito Falimentar e Recuperacional, é necessário que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, naquilo que diz respeito aos direitos dos trabalhadores, respeite este mandamento, mesmo que por vezes possa restringi-lo em nome de outros princípios, o que, no entanto, só será constitucional se feito de maneira justificada conforme a regra da proporcionalidade.

Voltar-se-á a esse tópico especificamente no capítulo seguinte, quando da análise dos fundamentos a Ação Direta de Inconstitucionalidade pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, proposta contra a limitação da sucessão do adquirente de ativos da empresa quanto às obrigações trabalhistas e contra a restrição a cento e cinquenta salários-mínimos do valor dos créditos trabalhistas concursais preferenciais, sob o argumento de se tratar de uma restrição infundada do princípio da proteção aos trabalhadores.

3.2.6. Redução do custo do crédito

A redução do custo do crédito no Brasil foi invocada como decorrente da necessidade de se 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 se incentivar a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

O Projeto de Lei 4.376/93, que deu origem à Lei nº 11.101/2005, foi engendrado na década de noventa, quando diversos países promoveram grandes reformas em suas legislações falimentares. Nessa época, sob a égide do Decreto-lei nº 7.661/45, antiga Lei de Falências, era

consenso geral entre economistas que nossa legislação era ultrapassada e ineficiente para conseguir a recuperação das empresas consideradas viáveis, bem como para promover a liquidação das inviáveis, constituindo-se, por isso, num entrave ao desenvolvimento econômico do país.

Assim, foi diante do ideal de que uma legislação falimentar deve, em primeiro lugar, buscar a preservação da empresa por meio de sua recuperação judicial ou extrajudicial e, em segundo lugar, promover a rápida liquidação da empresa que se mostre economicamente inviável – a fim de sanear o mercado e satisfazer os interesses dos credores –, que foi desenhado o modelo jurídico da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Na elaboração da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, observou-se que o desenvolvimento do crédito está vinculado ao grau de tutela dos interesses dos credores, já que é sabido que o nível de proteção a credores e a qualidade do judiciário são fatores determinantes. Nesse sentido, estudos evidenciam que a razão entre crédito e PIB é maior em países que outorgam maior proteção aos interesses dos credores e que tem judiciário mais eficiente e destacam ainda que taxa de crescimento de um país depende do desenvolvimento da intermediação financeira.¹⁰⁶

A legislação falimentar, além de produzir fortes efeitos no que concerne ao acesso ao crédito, também acarreta importantes conseqüências sobre a taxa de juros, em vista do *spread* bancário.

Nessa linha de preocupação, verifica-se que a Lei nº 11.101/2005 procurou criar mecanismos de maior tutela aos créditos das instituições financeiras, pretendendo, com isso, alavancar a oferta de crédito ao empresariado nacional e ensejar a redução da taxa de juros praticada no mercado financeiro brasileiro.

¹⁰⁶ A. G. DE CARVALHO. *Lei de falência, acesso ao crédito empresarial e taxas de juros no Brasil*, p. 6.

De tal forma, como exemplos da maior proteção aos credores na Lei de Recuperação de Empresas e Falência, podemos arrolar:

(i) A manutenção das garantias e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso na recuperação judicial prevista pelo § 1º, do artigo 49, da Lei, significando que a novação dos créditos da empresa em recuperação, prevista no artigo 59 como um dos efeitos da aprovação do plano, não atinge os fiadores, avalistas e obrigados pela via regressiva. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pelo empresário em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício, cabendo ao avalista suportar o sacrifício direto representado pela recuperação do avalizado.¹⁰⁷

A Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem recente e relevante precedente sobre a novação, envolvendo julgamento de recurso interposto por instituição financeira, insurgindo-se contra a concessão de recuperação judicial, cujo plano aprovado previa que a novação legal estender-se-ia a todos os garantidores – fiadores e avalistas – da recuperanda. O tribunal entendeu que a cláusula do plano é válida, porém, não produz efeitos em relação aos credores titulares de créditos garantidos por aval ou fiança que impugnaram a cláusula, bem como aos ausentes na assembléia-geral e aos presentes, mas que se abstiveram de votar favoravelmente.¹⁰⁸

Na mesma linha protetiva dos credores financeiros é a interpretação que vem sendo dada ao § 4º, do artigo 6, da Lei, que prevê a suspensão pelo prazo improrrogável de cento e oitenta dias contado do deferimento do processamento da recuperação judicial, das ações e execuções promovidas contra a empresa recuperanda. Quanto a isso a jurisprudência firmou o entendimento de que a suspensão das execuções atinge, exclusivamente, o empresário ou a

¹⁰⁷ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 168.

¹⁰⁸ Agravo de Instrumento nº 580.551.4/0-00, TJSP, Rel. Des. Pereira Calças.

sociedade empresária em recuperação judicial, prosseguindo-se, no entanto, contra os eventuais avalistas ou fiadores.¹⁰⁹

(ii) Não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (§§ 3º e 4º, do artigo 49 e inciso II, do artigo 86).

De tal forma, os credores conservam o direito de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, conforme a legislação especial de regência, apenas não se permitindo, durante o prazo de cento e oitenta dias, a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

Da mesma forma, ressalte-se ainda que também não se sujeitam à recuperação judicial os créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio, a teor dos §§ 3º e 4º, do artigo 75, da Lei nº 4.728/65.

Quanto a isso, Manoel Justino Bezerra Filho, em sua postura crítica à Lei nº 11.101/2005, como sendo excessivamente protetora das instituições financeiras, afirma que a exclusão dos créditos arrolados nos §§ 3º e 4º, do art. 49, da Lei, contribuiu decisivamente para que a Lei deixasse de ser conhecida como “lei de recuperação de empresas” e passasse a ser conhecida como “lei do crédito financeiro ou bancário”, sustentando que ficará sensivelmente dificultada a recuperação da empresa se os maquinários, veículos, ferramentas e outros elementos essenciais à atividade empresarial, puderem ser retirados pelos credores.¹¹⁰

¹⁰⁹ Agravo de Instrumento nº 7.067.494-5, TJSP, Rel. Des. Sampaio Pontes e Agravo de Instrumento nº 7.180.757-7, TJSP, Rel. Des. Roberto Bedaque.

¹¹⁰ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 142.

Em sentido contrário Fábio Ulhoa Coelho leciona que os titulares de determinadas garantias reais ou posições financeiras, como o proprietário fiduciário e o arrendador mercantil e os bancos que anteciparam moeda nacional aos exportadores são excluídos dos efeitos da recuperação judicial para que possam praticar juros menores – com *spreads* não impactados pelo risco associado à recuperação judicial –, contribuindo a Lei, desse modo, para a criação de ambiente propício ao desenvolvimento econômico.¹¹¹

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua Câmara especial, já tem precedentes no sentido de que a suspensão das ações movidas pelos credores excluídos da recuperação judicial não pode exceder o prazo improrrogável os cento e oitenta dias previstos no § 4º, do artigo 6º, da Lei e que, decorrido tal prazo, com ou sem aprovação do plano de recuperação judicial, tais credores poderão promover a retirada dos bens de capital do estabelecimento da empresa devedora.¹¹²

(iii) Conforme o § 5º, do artigo 49, da Lei, tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do artigo 6º.

Assim, nos casos de financiamentos ou operações de crédito realizados com garantia pignoratícia constituída sobre títulos de créditos de terceiros, normalmente duplicatas sacadas pela empresa devedora ou pagamentos feitos por operadoras de cartões de crédito, a substituição da garantia fica na dependência da aprovação expressa do credor titular da garantia (§ 1º, artigo 50).

¹¹¹ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 131.

¹¹² Agravo de Instrumento nº 518.489.4/7-00, TJSP, Rel. Des. Pereira Calças.

Apenas se as garantias forem renovadas ou substituídas com a expressa concordância do devedor o dinheiro recebido pela instituição financeira poderá ser liberado. Por tal mecanismo, enquanto isso não ocorrer o valor do título caucionado ou do direito creditório ou valor mobiliário dado em garantia deverá ficar em conta judicial vinculada à recuperação judicial. Formatação que, outorgando concreção à garantia constituída pelos títulos ou demais valores mobiliários ou creditícios, enseja a continuidade de acesso ao crédito pelo requerente da recuperação judicial.¹¹³

Da mesma forma, a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais já consolidou entendimento a respeito do mecanismo acima referido, afirmando que em se tratando de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º, do artigo 6º, da Lei.¹¹⁴

(iv) Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia (§ 1º, do artigo 50) e, nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação (§ 2º, do artigo 50).

Relativamente aos bens objeto de garantia real, com eficácia *erga omnes*, como por exemplo, a hipoteca ou o penhor, a Lei determina que a garantia só poderá ser suprimida ou substituída mediante expressa aprovação do credor garantido. Ressalte-se a quase impossibilidade de se obter a liberação do bem dado em garantia, uma vez que,

¹¹³ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, pp. 141-142; R. SZTAJN. Art. 49. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 230.

¹¹⁴ Agravo de Instrumento nº 557.256.4/0-00, TJSP, Rel. Des. Romeu Ricupero.

evidentemente, ninguém abriria mão de tal direito sem que lhe fosse outorgada uma boa compensação e que sem a anuência expressa do credor titular da garantia, o plano não poderá prever a alienação do bem dado em hipoteca ou penhor a determinado credor.¹¹⁵

No que concerne às obrigações convencionadas em moeda estrangeira, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, ao contrário do que ocorria com a antiga concordata, na qual os créditos a ela submetidos eram convertidos em moeda nacional pelo câmbio do dia em que fosse deferido o processamento do favor legal (artigo 213, do Decreto-lei nº 7.661/45), determina que a variação cambial será mantida como parâmetro de indexação e só poderá ser afastada se o titular do respectivo crédito aprovar, de forma expressa, previsão diversa no plano de recuperação judicial. Tal previsão amolda-se à regra do § 2º, do artigo 49, que determina que as obrigações anteriores à recuperação judicial conservarão as condições originalmente contratadas, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Na doutrina, consolida-se o pensamento de que a exigência de aprovação expressa do credor de obrigação contraída em moeda estrangeira que aceite receber em moeda nacional é mecanismo que preserva a paridade de valor entre as duas moedas. Configura, assim, garantia para o credor estrangeiro que fica resguardado contra medidas unilaterais que transfiram para ele o chamado risco cambial.¹¹⁶ No entanto, parte da doutrina critica essa regra por entender que ela favoreceu o capital financeiro de forma acentuada e desigual e que seria inefetiva para o fim pretendido.¹¹⁷

Quanto a este tema, merece ser mencionado o fato de que no caso Parmalat, julgado pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, diversas instituições bancárias com créditos convencionados em moeda estrangeira, pleitearam a aplicação do § 2º, do artigo 50, da Lei, sustentando a tese de que a cláusula de variação cambial deveria ser conservada.

¹¹⁵ R. SZTAJN. Art. 50. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 246.

¹¹⁶ R. SZTAJN. Art. 50. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 247.

¹¹⁷ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 152.

No entanto, afastou-se tal pretensão, uma vez que a empresa estivera, anteriormente, em regime de concordata preventiva, que conferia disciplina diferente ao tema. De tal forma, o fato de a Parmalat ter-se valido da faculdade legal prevista no artigo 192, de migrar da concordata para a recuperação, impediu a aplicação desse dispositivo, por se tratar de norma de direito material e não processual.¹¹⁸

(v) O inciso II, do artigo 83, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, modificou a antiga classificação dos credores concursais e arrolou os créditos com garantia real em segundo lugar, abaixo apenas dos créditos trabalhistas e acidentários, deslocando os créditos fiscais para o terceiro posto do concurso.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a preferência sobre os créditos fiscais visa atenuar os prejuízos que esses últimos podem se expor, socializando o risco associado à insolvência do devedor com a sociedade como um todo. De tal forma, uma vez que a maioria dos credores com garantia real são os bancos, a intenção última deste dispositivo seria, mais uma vez, criar as condições para o barateamento dos juros bancários, medida destinada a acentuar o desenvolvimento econômico, em atendimento, portanto, ao interesse público.¹¹⁹

Por sua vez, Manoel Justino Bezerra Filho critica a classificação dos créditos com garantia real com preferência em relação aos créditos fiscais, que teria atendido à pressão do sistema bancário nacional e internacional, já extremamente privilegiado em diversas passagens da Lei.¹²⁰

(vi) 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 (artigo 67).

¹¹⁸ Agravo de Instrumento nº 465.817.4/5-00, TJSP, Rel. Des. Pereira Calças.

¹¹⁹ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, p. 217.

¹²⁰ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 214.

Tal norma tem o evidente objetivo de ensejar que a empresa devedora tenha acesso ao financiamento para exercer a atividade empresarial durante a recuperação judicial, sem o que, seria praticamente impossível lograr sua reorganização econômico-financeira. Assim, estabelecendo que na hipótese de eventual conversão da recuperação judicial em falência os credores que houverem concedido financiamento para a recuperanda terão seus créditos classificados como extraconcursais e, portanto, receberão antes dos credores concursais, estimula-se as instituições financeiras a abrir linhas de crédito em favor da empresa em recuperação, instituindo mecanismo fundamental para o seu sucesso.¹²¹

As medidas acima sintetizadas, em grande parte consistentes em inovações constituídas pela Lei nº 11.101/2005, teriam sido adotadas visando à redução do custo do crédito (juros e *spreads* bancários) em nosso País, fator indispensável para a incrementação dos investimentos nacionais e estrangeiros em nossa economia e o conseqüente desenvolvimento econômico nacional.

Nesse sentido, não há dúvida de que tais medidas configuram objetivos políticos que estão na raiz destes dispositivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, no entanto, isso não significa a existência de tal “princípio” no Direito Falimentar e Recuperacional.

Assim, se é verdade que esse dispositivos teriam sido promulgado com esse objetivo, tratam-se de regras específicas cuja constitucionalidade, diante da restrição de algum “princípio” constitucional em nome de tal objetivo, só poderia ser justificada diante da existência de algum outro direito fundamental que fundamentasse a proporcionalidade de tal restrição.

¹²¹ E. S. MUNHOZ. Art. 67. *Comentários á lei de recuperação de empresas e falência*, p. 317.

Percebe-se, assim, que diante das medidas tomadas pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência com o objetivo concretizar o princípio da preservação da empresa, eles atuam, (i) para contrabalançar esse princípio, garantindo a segurança do crédito, que nada mais é do que um reflexo do próprio princípio da segurança jurídica e, (ii) em certos casos viabilizar a própria recuperação. Nesse segundo sentido destaca-se a previsão da natureza extraconcursal dos créditos concedidos durante o processo de recuperação, sem o qual, o objetivo maior da Lei, e que justifica em certos casos a restrição de interesses dos credores seria dificilmente atingido.

3.2.7. Celeridade e eficiência dos processos judiciais

Invoca-se o “princípio” da celeridade e eficiência dos processos judiciais como sendo um “princípio” da nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência, justificando-se, por esse fim, que suas normas procedimentais sejam simples e desburocratizadas.

No entanto, deve-se ter em mente que o “princípio” da celeridade e eficiência dos processos judiciais é um “princípio” que informa o direito processual de maneira geral e é aplicado em toda legislação processual, derivado da incessante busca de uma prestação jurisdicional rápida, adequada e efetiva.

“Princípio” consagrado expressamente na Constituição brasileira a partir da Emenda Constitucional 45 de 2004 que incluiu o inciso LXXVIII, ao artigo 5º, segundo o qual, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Saliente-se, no entanto, que apesar do caráter simbólico importante de tal disposição, ela já poderia ser inferida desde sempre do texto constitucional, seja de maneira geral, como consequência da própria organização de um sistema judicial, que, por óbvio deve ser eficiente,

seja, mais especificamente, do inciso XXXV, do artigo 5º, que garantiria a inafastabilidade da jurisdição, o acesso à justiça e o direito fundamental à tutela jurisdicional.¹²²

Tanto no Decreto-lei nº 7.661/45, como na atual Lei nº 11.101/2005, a preocupação com a celeridade e a eficiência do processo concursal – falência e concordata, hoje recuperação de empresa –, manifestou-se de forma nítida e clara em vários dispositivos de tais diplomas legais.

Aqui, merecem destaque algumas inovações introduzidas com o intuito de se buscar maior celeridade e eficiência no processo recuperacional e falimentar:

(i) Na falência há expressa previsão de que o processo deverá atender aos princípios da celeridade e economia processual (parágrafo único, do artigo 75), com determinação de que os processos de falência e seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância (artigo 79).

(ii) A previsão do piso-mínimo (inciso I, do artigo 94), correspondente quarenta salários-mínimos, para o requerimento de falência com fundamento na impontualidade, além de embarçar o manejo do processo como sucedâneo de ação exclusivamente de cobrança, implicou sensível diminuição da quantidade de ajuizamento de pedidos de quebra, conferindo mais eficiência na prestação da tutela jurisdicional concursal.

(iii) Seriam exemplos da desjudicialização da falência e recuperação, a disciplina do procedimento de verificação e habilitação de créditos com a instituição de uma fase administrativa, prevendo de forma inovadora que a verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros e documentos comerciais e fiscais do devedor, afastando a exigência da legislação anterior de exclusiva utilização da via judicial para o reconhecimento dos créditos concursais (§§ 1º e 2º, do artigo 7º) e, na mesma linha, a previsão

¹²² T. H. J. DE A. PEREIRA. *O direito fundamental à tutela jurisdicional*, p. 87.

constante do artigo 14, da Lei, segundo o qual, não havendo impugnações à relação de credores constante do edital de que trata o § 2º, do artigo 7º, o juiz homologará a relação como quadro-geral de credores, sendo dispensada a publicação do edital aludido no artigo 18.

(iv) Na recuperação judicial foram previstos prazos certos para a prática de determinados atos, com escopo deliberado de evitar a eternização do processo, tal qual ocorria na concordata. Nesse sentido: (a) o prazo improrrogável de sessenta dias, computado a partir da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial para a apresentação do plano de recuperação, sob pena de convolação em falência (artigo 53), (b) a determinação para a realização da assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial em prazo que não exceda cento e cinquenta dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial (§ 1º, do artigo 56), (c) a fixação do prazo de dois anos, denominado de “supervisão judicial”, como período máximo em que o devedor ficará em recuperação judicial, após o qual, cumpridas as obrigações previstas, o juiz deverá encerrar o processo (*caput* do artigo 61 e artigo 63).

(v) A possibilidade de ser realizada a declaração da ineficácia objetiva dos atos arrolados no art. 129, de ofício pelo magistrado ou a pedido do administrador judicial, dos credores ou do Ministério Público, incidentalmente no curso do processo (parágrafo único, do artigo 129).

(vi) A realização do ativo deverá ser iniciada logo após a arrecadação dos bens, independentemente da verificação e classificação dos créditos, com o que se evitará a deterioração, depredação, desvalorização ou perda dos bens arrecadados (artigo 111).

(vii) A escolha do administrador judicial, tanto na falência como na recuperação judicial, feita entre profissionais idôneos, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada (artigo 21), alterando a velha regra que determinava que o antigo síndico fosse nomeado entre os maiores credores, também é medida salutar para a rapidez e eficiência dos processos de falência e recuperação.

No regime anterior, nomeado, em regra, o credor requerente da falência para a sindicatura, ordinariamente ele declinava do encargo e somente após a terceira recusa poderia o magistrado nomear o síndico dativo, incidente que causava morosidade no andamento da falência. O mesmo ocorria com o comissário na concordata, ensejando a procrastinação da tramitação processual.

(viii) A diminuição da participação do Ministério Público no processo de falência e recuperação judicial também acarretará maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. A Lei nº 11.101/2005 prevê expressamente as hipóteses de participação obrigatória do Ministério Público, devendo o magistrado ouvir o promotor de justiça apenas quando houver interesse público, possibilidade de violação da ordem pública ou da isonomia dos credores, bem como nos casos de possibilidade de desobediência às leis ou quando houver indícios de crime.

Os exemplos acima mencionados demonstram a preocupação do legislador em atender ao princípio da celeridade e eficiência do processo de falência e de recuperação de empresas, que não pode, no entanto, ser proclamado como um princípio da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, mas sim, como um princípio do direito processual em geral. Nesse sentido, a Lei apenas se esforça para cumprir no maior grau possível esse mandamento de otimização que tem assento constitucional, da mesma forma que qualquer legislação relativa ao processo judicial ou administrativo também deveria atender.

3.2.8. Segurança jurídica

O “princípio da segurança jurídica” foi destacado como uma decorrência da necessidade de se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial, o máximo da clareza possível, para evitar interpretações divergentes sobre os institutos previstos na Lei de Falências e Recuperação de Empresas, ensejando-se, desta forma, segurança jurídica aos empresários, sociedades empresárias em crise econômico-financeira, bem como aos credores em geral, empregados e demais interessados nas empresas.

Cumpra-se destacar que segurança jurídica não se confunde com certeza jurídica. Isso porque legislador e juiz devem estar conscientes da inevitável falibilidade do sistema, convivendo racionalmente com o risco e dando força aos meios de sua correção.¹²³

Nessa perspectiva, na busca do equilíbrio que deve ser observado no exercício da função jurisdicional, ganha relevância o valor da probabilidade que deve orientar o legislador ao disciplinar os institutos jurídicos, bem como o juiz ao interpretá-los e decidir as questões que lhe são apresentadas no processo. Assim, como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da probabilidade suficiente.¹²⁴

Para se saber qual a norma jurídica que incide é preciso que se saiba o que se diz nela, vale dizer, é preciso estabelecer qual o conteúdo da norma, função atribuída ao juiz no exercício da atividade jurisdicional, que se concretiza no processo. É fácil compreender-se qual a importância que têm a exatidão e a precisão dos conceitos, a boa escolha e a nitidez deles, bem como o rigor na concepção e formulação das regras jurídicas e no raciocinar-se com elas. Interpretar leis é lê-las, entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhes o conteúdo.¹²⁵

No que concerne à Lei de Recuperações de Empresas e Falência, mesmo diante da confessada pretensão dos legisladores de tentar redigi-la de forma clara e precisa, a fim de evitar interpretações divergentes que, evidentemente, acarretam insegurança jurídica e prejudicam o planejamento econômico-jurídico das empresas em crise econômico-financeira, forçoso reconhecer que o diploma falimentar tem gerado dúvidas, debates e interpretações não harmônicas.

¹²³ C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 142.

¹²⁴ C. R. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 143.

¹²⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. 1, prefácio.

Cumpra realçar que no exercício da difícil tarefa de interpretar a Lei Recuperações de Empresas e Falência, além das falhas e equívocos terminológicos, das imprecisões conceituais, das dubiedades na fixação de termos iniciais de prazos legais, há ainda um elemento especial que acarreta, constantemente, maior dificuldade na exegese do referido diploma. O direito falimentar, constantemente se utiliza de institutos do direito privado, notadamente regulados pelo direito das obrigações, sem adotar, no entanto, a natureza ou o conteúdo jurídico que lhes é outorgado pelo direito comum.

Um exemplo dessa não coincidência integral dos conceitos dos institutos jurídicos previstos no direito comum das obrigações e aqueles incorporados pelo direito falimentar é a novação. O Código Civil regula a novação a partir de seu artigo 360 como causa de extinção da dívida anterior, que fica extinta, assim como os acessórios e garantias da dívida, a teor do artigo 364 do Código Civil. Já na Lei nº 11.101/2005, consoante emerge da interpretação conjunta do § 3º, do artigo 59, do artigo 49 e do § 2º, do artigo 61, verifica-se que a novação derivada da aprovação do plano de recuperação judicial não extingue nem modifica as obrigações dos coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e avalistas.

Nesse sentido, a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, interpretando a Lei nº 11.101/2005, firmou entendimento no sentido de que a novação prevista na Lei de Recuperação de Empresas e Falência não tem a mesma natureza jurídica da novação disciplinada pelo Código Civil.¹²⁶.

Ressalte-se que o “princípio” da segurança jurídica está na base da própria idéia de direito, uma vez que, o conceito de ordenamento jurídico pressupõe, necessariamente o ideal de segurança da relações reguladas. Trata-se de “princípio” constitucional adscrito, que não derivaria de nenhum texto normativo específico, mas da própria idéia de Estado de Direito.

¹²⁶ Agravo de Instrumento nº 580.551.4/0-00, TJSP, Rel. Des. Pereira Calças.

Nesse sentido, a própria existência de uma Lei de Recuperação de Empresas e Falência já realiza em certa medida o ideal de segurança jurídica, ao regular de maneira clara e específica o Direito Falimentar e Recuperacional. Assim, esse ideal de segurança jurídica e a crença de que a falta de precisão de conceitos e de enunciados é o maior mal na justiça, que é obrigada a aplicar o direito, e dos escritores de direito, que não são obrigados a aplicá-los, pois deliberam eles mesmos escrever, está na própria base da dogmática jurídica, especialmente na dogmática analítica em que este trabalho se insere. No entanto, não se trata de um “princípio” especial da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, mas sim, de princípio constitucional, no sentido de um mandamento de otimização, que deverá ser cumprido na maior medida possível.

3.2.9. Participação ativa dos credores

Certamente, uma das maiores inovações da Lei de Recuperação de Empresas e Falência foi a previsão de maior participação dos credores no processo de falência e de recuperação judicial, já que são eles os grandes interessados no desenvolvimento célere e eficiente do processo para que sua pretensão creditícia seja efetivamente atendida.

Quanto a isso, o parecer do Senado Federal sustenta que é desejável que os credores tenham participação ativa nos processos de falência e recuperação judicial, a fim de que, ao diligenciar na defesa de seus interesses, especialmente buscando o recebimento de seus créditos, otimizem a prestação jurisdicional e impeçam a prática de fraudes ou o desvio de recursos da empresa ou da massa falida.

Verifica-se, assim, que a assembléia-geral de credores, que já era prevista nos artigos 122 e 123 do Decreto-lei nº 7.661/45, teve seus poderes extraordinariamente ampliados, tanto na falência como na recuperação, cumprindo destacar que foi concedido ao órgão assemblear o poder soberano de aprovar ou rejeitar o plano de recuperação apresentado pela empresa devedora, conferindo à recuperação judicial natureza jurídica de contrato, diversamente daquela da antiga concordata, que era regulada pela Lei anterior como um “favor legal”.

A assembléia-geral de credores é constituída pela reunião dos credores que se sujeitam aos efeitos da falência ou da recuperação judicial, composta por três classes de titulares de créditos, com competência para deliberar sobre as matérias previstas na legislação concursal. Quanto a isso, ressalte-se que há alguma divergência na doutrina sobre a natureza dos interesses dos credores no processo de falência e de recuperação: há quem diga que eles têm interesses comuns ou coletivos, mas também podem apresentar interesses individuais e até conflitantes.

Assim, Miranda Valverde afirma que os interesses dos credores concorrentes em um ato submetido à votação na assembléia podem convergir, divergir ou se opor¹²⁷. Já Sampaio de Lacerda, invocando a lição de Thaller, sustenta que se constitui em um estado de associação, sem personalidade jurídica, constituída por força de lei, com a natureza de *universitas iuris*¹²⁸.

Quanto a isso, parece correto afirmar que a assembléia-geral de credores é um órgão colegiado que representa a comunhão dos credores, com poder-função deliberante para examinar, discutir e decidir sobre as matérias inseridas em sua competência legal.¹²⁹

A assembléia-geral é um órgão hierarquicamente superior em relação a dois outros órgãos que lhe são subordinados: o Comitê de Credores e o Gestor Judicial, não tendo ela, porém, superioridade em face do administrador judicial, que se subordina, exclusivamente, ao juiz que preside a falência ou a recuperação judicial. Ressalte-se, no entanto, que a assembléia é órgão de funcionamento facultativo que, mesmo na recuperação judicial, caso não haja objeção de nenhum credor ao plano recuperacional, poderá jamais ser convocada.¹³⁰

¹²⁷ MIRANDA VALVERDE. *Comentários à lei de falências*, p. 187.

¹²⁸ J. C. SAMPAIO DE LACERDA. *Manual de direito falimentar*, p. 191.

¹²⁹ E. V. A. E. FRANÇA. Da assembléia-geral de credores. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 187; J. LOBO. Da assembléia-geral de credores. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*, p. 86.

¹³⁰ E. V. A. E. FRANÇA. Da assembléia-geral de credores. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 189.

Na recuperação judicial a deliberação da assembléia-geral sobre o plano de recuperação apresentado pelo devedor é soberana, desde que observadas as regras de ordem pública que regem a matéria, especialmente as normas sobre o quorum do artigo 45 e seus parágrafos ou, eventualmente, aquele preconizado nos incisos I, II e III, do § 1º, do artigo 58. De tal forma, cumpridas as exigências da Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral.

Há autores que sustentam que juiz não está vinculado a tais decisões, mantendo evidentemente o exercício do poder jurisdicional¹³¹. Nesse sentido, Jorge Lobo afirma que a interpretação sistemática, teleológica e pragmática, levaria à conclusão que o juízo não pode ser privado dos poderes e atribuições que lhe são assegurados por norma constitucional, nem impedido de exercer o controle da legalidade formal e substancial e, conforme o caso, o controle de mérito tanto do plano de recuperação quanto da decisão da assembléia-geral dos credores, especialmente no que concerne a fraude à lei, abuso de direito e preterição de formalidade essencial.¹³²

Em sentido contrário, afirma-se que, não aprovado o plano pelo conjunto de credores reunidos no conclave, ao juiz não restará alternativa senão a sua rejeição, ressalvada a hipótese do § 1º, do artigo 58, da Lei, uma vez que, pelo sistema adotado, cabe aos credores deliberar sobre a melhor solução para os seus interesses e, portanto, rejeitado o plano, a falência será inevitável.¹³³ Da mesma forma, aprovado o plano pela assembléia-geral, não cabe ao juiz nenhuma margem de discricionariedade a respeito da matéria, que deverá conceder a recuperação. Assim, a verificação no caso concreto da viabilidade econômica da recuperação

¹³¹ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 174.

¹³² J. LOBO. Da assembléia-geral de credores. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*, p. 154.

¹³³ E. S. MUNHOZ. Art. 56. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, pp. 280-281.

do devedor e do atendimento dos objetivos previstos no artigo 47, da Lei, não cabe ao juiz, mas deverá resultar do processo de negociação entre devedor e credores.¹³⁴

Nesse mesmo sentido, a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem precedentes que proclamam que o juiz não pode se imiscuir no mérito do plano, ou seja, quando a assembleia-geral de credores aprova o plano é vedado ao magistrado negar a recuperação judicial, sob o entendimento de que o plano aprovado é inviável economicamente para a recuperação da empresa. Da mesma forma, o juiz não pode rejeitar objeção ao plano e deferir a recuperação sem que a assembleia-geral delibere a respeito.¹³⁵

Reconhece-se, portanto, a soberania da assembleia de credores na deliberação sobre a viabilidade e consistência do plano de recuperação apresentado pelo devedor, bem como a natureza contratual da recuperação judicial, conferindo, desta forma, participação ativa dos credores no processo de recuperação de empresa.

Ressalte-se, porém, que a maior participação dos credores no processo de falência e recuperação efetivamente, observada na elaboração da Lei nº 11.101/2005, não caracteriza propriamente um “princípio” do Direito Falimentar e Recuperacional, mas sim, uma opção estratégica do legislador que, para isso, instituiu diversas regras em atendimento ao novo desenho da reorganização empresarial, acreditando ser este modelo mais eficiente para propiciar a recuperação da empresa. Nesse sentido, mais uma vez, são regras que derivam do princípio da preservação da empresa, que seria melhor atendido pela participação dos credores no processo de recuperação e falência.

3.2.10. Maximização do valor dos ativos do falido

¹³⁴ E. S. MUNHOZ. Art. 56. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, pp. 287-288.

¹³⁵ Agravo de Instrumento nº 482.851.4/4-00, TJSP, Rel. Des. Boris Kauffmann e Agravo de Instrumento nº 500.624.4/8-00, Rel. Des. Lino Machado.

Deve-se assegurar 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, resguardando, assim, os bens intangíveis. Desse modo, não apenas se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também se diminui o risco geral das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral. Esse mandamento que, evidentemente, aplica-se exclusivamente ao processo de falência.

É sabido, pela experiência resultante da legislação falimentar anterior, que, decretada a falência do devedor e arrecadados os bens do falido, em regra, a demora no processamento da execução concursal, especialmente nos casos com grande número de credores e incidentes processuais, a degradação, desvio ou desvalorização dos bens era praticamente inevitável.

Ademais, na Lei de Falências anterior, a realização do ativo só podia ser iniciada após o encerramento da habilitação dos credores com a publicação do respectivo quadro (artigo 114), circunstância que obstaculizava a alienação judicial dos bens arrecadados que, por isso, ou desapareciam ou se desvalorizavam, causando severos prejuízos aos credores e ao falido.

Assim, para tentar superar a crônica desvalorização da massa ativa dos processos falimentares, a Lei nº 11.101/2005 instituiu algumas providências voltadas ao objetivo de proteger os bens arrecadados da intensa desvalorização que rotineiramente suportavam sob a égide da legislação anterior.

Com esse intuito, o artigo 75, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, já indica a preocupação do legislador em tutelar a massa ativa, na medida em que afirma que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos da empresa, inclusive seus intangíveis. Previsão importante consta do artigo 139, da Lei, que determina que logo após a arrecadação dos bens e juntada do respectivo auto ao processo de falência seja iniciada a realização do ativo. Isso significa que não há mais necessidade de se aguardar a consolidação

do quadro-geral de credores para ter início a venda dos bens apreendidos, como expressamente estabelece o § 2º, do artigo 142, da Lei, regra que, evidentemente, além de atender à celeridade processual, possibilitará a obtenção de maior valor dos bens vendidos judicialmente.

Outra importante novidade é a previsão do artigo 140 que determina, na alienação dos bens, a observância da seguinte ordem de preferência: (i) alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; (ii) alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; (iii) alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; (iv) alienação dos bens individualmente considerados. Ressalte-se que, sendo mais conveniente à realização do ativo ou em razão da oportunidade, podem ser utilizadas mais de uma forma de alienação.

Tais alternativas devem ser entendidas como opção de política legislativa, em que se ordena, da mais desejável para a menos desejável, em ordem direta, os limites para a decisão do administrador judicial, balizando-a, percebe-se, assim, a tentativa de agregar maior valor ao processo de venda dos bens.¹³⁶

Há ainda outras regras que se orientam pelo escopo de obter o maior valor possível em favor dos credores, como por exemplo: (i) artigo 111, que concede ao juiz o poder de autorizar os credores, individual ou coletivamente, em razão dos custos e no interesse da massa falida, a adquirir ou adjudicar, de imediato, os bens arrecadados, pelo valor da avaliação, atendida a regra de classificação e preferência entre eles, (ii) artigo 113, que permite a venda antecipada dos bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, logo após a arrecadação e avaliação, mediante autorização judicial e (iii) artigo 114, que prevê a possibilidade de locação ou celebração de outro contrato em relação aos bens da massa falida, com o objetivo de produzir renda para a massa falida.

¹³⁶ R. SZTAJN. Da realização do ativo. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 375.

Por fim, e sem pretender exaurir todas as previsões da Lei de Recuperação de Empresas e Falência voltadas à maximização dos ativos, cumpre lembrar a supressão da sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, trabalhista ou acidentária, que onerem o objeto da alienação (inciso II, do artigo 141). Evidentemente, a não responsabilização do arrematante pelas obrigações do devedor, de qualquer natureza, objetiva despertar o maior interesse dos possíveis compradores, que poderão adquirir a totalidade dos estabelecimentos que integram a empresa, inclusive os intangíveis, como, por exemplo, marcas comerciais, sem correr o risco de, ulteriormente, serem responsabilizados por dívidas do falido.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, ao afastar a sucessão do falido pelo adquirente da empresa, amplia as chances de interessados arrematarem a integralidade dos estabelecimentos arrecadados e, conseqüentemente, as possibilidades de mais credores lograrem receber seus créditos, enfatiza que é provável que a própria alienação da empresa se frustrasse se o adquirente tiver que pagar todos os débitos de responsabilidade do falido, pois, ele também passará a correr o risco de falir.¹³⁷

A previsão da inexistência de sucessão na venda dos ativos do falido é medida que ao observar o postulado da maximização do valor dos bens arrecadados, também atende à preocupação de proteção aos direitos dos credores, em especial os direitos dos credores trabalhistas que, além de poderem receber rateio maior dos créditos por eles titularizados, ainda poderão recuperar os postos de trabalho perdidos, haja vista que o adquirente da totalidade da empresa, com certeza, terá que contratar empregados para desenvolver a atividade empresarial.

De tal maneira, a maximização do valor dos ativos do falido não tem natureza de “princípio”, mas sim, configura uma decorrência da função social dos meios de produção e da preservação da empresa, já que, sendo esta alienada integralmente, estará resguardada para

¹³⁷ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, pp. 364-368.

atingir sua função social, com a manutenção dos empregos dos trabalhadores e o incentivo à atividade econômica.

3.2.11. Desburocratização da recuperação de micro e pequenas empresas

A simplificação do procedimento para a reorganização das microempresas e empresas de pequeno porte, prevista de forma especial, tem aplicabilidade exclusiva à recuperação judicial. Tal medida atende ao comando do art. 170, inciso IX, da Constituição, no sentido de que seja dado tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob a legislação brasileira que tenham sua sede e administração no País.

Cumprе enfatizar que a conceituação de microempresário e empresário de pequeno porte é fornecida pela Lei Complementar nº 123/2006 e consoante referido estatuto, microempresário é aquele que aufera receita bruta anual de até R\$ 240.000,00 e empresário de pequeno porte o que tem receita bruta anual entre aquele valor até a quantia de R\$ 2.400.000,00.

De tal forma, prevê o artigo 70, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que os empresários e as sociedades empresárias que se enquadrem no conceito legal de microempresários e empresários de pequeno porte, que se encontrem em crise econômico-financeira, poderão se valer do plano especial de recuperação judicial, desde que, com a petição inicial, afirmem sua intenção de fazê-lo. Com efeito, sujeitar, compulsoriamente, o pequeno empresário ao procedimento da recuperação judicial, seria impor-lhe a observância de regramento mais complexo, mais burocratizado e mais oneroso.

Por isso a previsão do procedimento extremamente simplificado, que abrangerá exclusivamente os créditos quirografários e poderá propor o parcelamento do passivo em até trinta e seis mensaldades de valor igual e sucessivas, com correção monetária e juros de 12% ao ano, podendo o pagamento da primeira parcela ser feito com a carência máxima de cento e

oitenta dias, contados da distribuição do pedido, facilita a recuperação judicial das micro e pequenas empresas.

No entanto, a utilização do plano especial pelas microempresas e empresas de pequeno porte é facultativa, haja vista que, se na petição inicial não constar expressamente que a devedora quer se utilizar do procedimento especial, estará sujeita ao procedimento comum ou geral mais adequado para as grandes empresas, não havendo vedação legal para que as microempresas e empresas de pequeno porte recorram à recuperação judicial comum ou à recuperação extrajudicial.¹³⁸

A desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte, concretizada por dispositivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, no entanto, não se trata de um “princípio” do Direito Falimentar e Recuperacional, mas, sim de uma decorrência do princípio constitucional de proteção à pequena empresa nacional. Nesse sentido, à proteção a pequena empresa é um mandamento de otimização previsto na Constituição efetivado em maior ou menor medida por toda a legislação especial relativa às micro e pequenas empresas vinculado, no final das contas, à própria função social dos meios de produção.

3.2.12. Rigor na punição de crimes falimentares

O rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial teria o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta aos credores seria, assim, contrabalançada com a previsão de punição rigorosa dos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro.

¹³⁸ M. J. BEZERRA FILHO. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, p. 195; C. H. ABRÃO. Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, p. 177.

A legislação criminal falimentar estava defasada, uma vez que, instituído o Decreto-lei nº 7.661/45 no final da segunda guerra mundial, as normas penais relacionadas com os crimes falimentares, especialmente os tipos penais, necessitavam de atualização, tendo em vista os avanços tecnológicos obtidos durante os sessenta anos de vigência do velho diploma.

Além do obsoletismo de grande número das figuras penais previstas na legislação anterior, havia outros problemas que contribuíam para uma generalizada impunidade dos autores dos crimes falimentares. Nesse sentido, cumpre realçar a disciplina da prescrição penal, fixada em dois anos, independentemente da pena em abstrato prevista para cada tipo penal (artigo 199, do Decreto-lei 7.66/45), que aliada ao entendimento cristalizado na Súmula 147, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, fatalmente ocorria em 4 anos contados da data do decreto da quebra, já que o § 1º, do artigo 132 da Lei revogada previa que o processo de falência deveria estar encerrado dois anos depois do dia da declaração. Em razão de tal disciplina a grande maioria dos crimes falimentares tinha sua pretensão punitiva atingida pela prescrição.

Além disso, destaque-se que o fenômeno da unitariedade ou unicidade dos crimes falimentares, anteriormente adotado, significava que, praticando o agente diversas infrações penais falimentares, deveria ser condenado somente à pena prevista para o crime de maior gravidade, já que não se aplicavam as regras de concurso formal ou concurso material do Código Penal.¹³⁹

Diante desse quadro de generalizada impunidade dos crimes falimentares a Lei de Recuperação de Empresas e Falência modernizou a tipologia penal, prevendo crimes para o processo de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial.

¹³⁹ R. REQUIÃO. *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 160.

Diferentemente da legislação anterior e consoante a tradição da legislação penal brasileira, o novo diploma legal cuidou de nominar todas as infrações penais, como, por exemplo, “fraude a credores”, “contabilidade paralela”, “violação do sigilo empresarial”, “divulgação de informações falsas”, “indução a erro”, “favorecimento de credores”, “desvio, ocultação ou apropriação de bens”, técnica que pode facilitar o enquadramento das condutas sob o enfoque da tipicidade.

No que diz respeito ao elemento subjetivo, a Lei nº 11.101/2005 foi redigida de forma clara a afastar as antigas dúvidas que ensejaram grande discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de caracterizar-se crimes culposos na falência. Assim, os crimes serão sempre dolosos, devendo se falar em “dolo de perigo” nas condutas criminais falenciais, mesmo porque, em sua grande maioria os delitos falenciais não irão produzir dano, mas podem levar perigo à comunidade de credores e ao crédito público, este, o principal móvel propulsor da punibilidade.¹⁴⁰

Ademais, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência estabelece penas bem mais graves do que as previstas na lei anterior, ampliando os prazos de prisão e, salvo a exceção do crime de “omissão dos documentos contábeis obrigatórios”, que é punido com detenção (artigo 178), para todos os demais crimes a pena é de reclusão.

Outra alteração importante foi a supressão da unicidade ou unidade dos crimes falimentares, em razão do que, havendo várias condutas penais aplicar-se-á a regra do concurso formal ou material.

Outra inovação adotada com o escopo de se lograr a efetiva punição dos crimes falimentares diz respeito à disciplina da prescrição. Além de não se estabelecer a prescrição no prazo curto e fixo de dois anos para todos os crimes falimentares, independentemente da pena abstratamente prevista, bem como do estabelecimento do termo inicial do prazo prescricional

¹⁴⁰ A. MIGLIARI JÚNIOR. *Crimes de recuperação de empresas e de falências*, p. 93.

na data em que a falência deveria estar encerrada, o novo diploma prevê expressamente que a prescrição dos crimes falimentares rege-se pelas disposições do Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (artigo 182).

Em razão disso, incide agora nos crimes falimentares o disposto no artigo 109, do Código Penal, isto é, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime e após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena aplicada, de acordo com a tabela assinalada no artigo 109 do Código Penal.

Outra questão que ensejava discussão doutrinária e jurisprudencial na aplicação da Lei anterior, diz respeito ao concurso de pessoas, uma vez que diversos precedentes assentavam a inviabilidade da incidência do artigo 29, do Código Penal, em face dos crimes falimentares. No entanto, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, no § 3º, do seu artigo 168, passa a dispor expressamente que no crime de fraude a credores agravado pela contabilidade paralela, haverá a imposição das mesmas penas aos contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas no referido artigo, na medida de sua culpabilidade.

Por fim, cumpre ressaltar que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência regula expressamente a questão do sujeito ativo dos crimes falimentares na hipótese de falência de sociedade empresária, vale dizer, de pessoa jurídica. Assim, evidentemente, quando se tratar de crime falimentar praticado por empresário individual, pessoa natural, inexistirá qualquer problema a ser enfrentado para sua responsabilização. No entanto, sendo a falida ou recuperanda pessoa jurídica, o artigo 179, da Lei, estabelece que na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes da Lei, na medida de sua culpabilidade.

De tal forma, não apenas os sócios da sociedade empresária falida podem ser apenados por crimes falimentares, mas, também, todos aqueles que, de qualquer maneira, durante o exercício da atividade empresarial da pessoa jurídica, exerceram a direção ou concorreram para a prática de tais delitos. Releva notar que a previsão expressa concernente ao sócio, diretor, administrador ou conselheiro de fato, vem atender à necessidade de se punir aqueles que exercem tais funções de forma oculta, isto é, sem que haja nomeação ou escolha nos atos constitutivos da sociedade ou nas atas das deliberações assembleares, atingindo inclusive os controladores de fato da sociedade.¹⁴¹

Examinadas as regras reguladoras da parte penal da Lei nº 11.101/2005, sem exaurir a análise de todas as inovações, já que este não é o objetivo deste estudo, conclui-se que, efetivamente, o legislador atual deu especial atenção ao escopo de se apenar mais severamente os autores de crimes falimentares, estabelecendo novas disposições com o objetivo de dar cabo à antiga impunidade.

No entanto, não se há de falar em “princípio” do maior rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial, mas sim, da manifestação de uma opção de política criminal que se concretiza em tais dispositivos legais, não se tratando, na verdade de um princípio jurídico.

¹⁴¹ A. MIGLIARI JÚNIOR. *Crimes de recuperação de empresas e de falências*, p. 66.

4. CONTEÚDO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL

4.1. Análise de casos

Coerente com a proposta fixada na metodologia desta dissertação, os princípios do Direito Falimentar e Recuperacional foram examinados, até o momento, por um enfoque essencialmente analítico – em alguns momentos com um alto grau de abstração –, preocupado com a determinação (i) dos sentidos do termo “princípios” para os efeitos deste trabalho e (ii) do real significado de cada um dos “clássicos” e “novos” “princípios” do Direito Falimentar e recuperacional.

As conseqüências práticas das conclusões alcançadas até o momento serão demonstradas neste capítulo por meio da análise de dois diferentes casos em que “princípios” são invocados para fins muito diversos: (i) para se alegar inconstitucionalidade de dispositivo da Lei de Recuperação de Empresas e Falência e (ii) para se colmatar uma suposta “lacuna” decorrente da ausência de regra específica que regulamente determinada situação.

Com isso, contemplam-se, os conceitos jurídicos desenvolvidos nesta dissertação que são utilizados como ferramenta para a solução de situações concretas em que se faz necessária a construção de uma decisão, elemento essencial da dogmática jurídica, diante de seu caráter de verdadeira “tecnologia”.

A escolha dos dois casos que serão analisados a seguir não foi arbitrária, mas motivada por razões metodológicas, uma vez que discutindo-se a possibilidade: (i) de invocar um “princípio” de natureza constitucional para se fundamentar a alegação de inconstitucionalidade de um dispositivo da Lei de Recuperação de Empresas e Falência e (ii) de se utilizar os “princípios” do Direito Falimentar e Recuperacional para se resolver questão que beira, de uma lado, à colmatação de uma lacuna jurídica e, de outro, à interpretação *contra legem*, os “princípios”, conceitos jurídicos desenvolvidos neste trabalho, serão abordados por meio

destes dois casos conforme os dois principais significados a eles atribuídos pela dogmática jurídica.

Dessa maneira, o objetivo da análise destes dois casos não é alcançar um juízo quanto à constitucionalidade ou não da situação descrita ou sobre a correção ou não da solução de um caso concreto, mas sim demonstrar o modelo proposto em sua aplicação prática, que, afinal, o justifica.

Há, portanto, uma pretensão de universalidade na análise aqui desenvolvida, pois, propõe-se que toda a atividade jurisdicional voltada à aplicação dos “princípios” do Direito Falimentar e Recuperacional poderá ser reconstruída e analisada teoricamente a partir dos dois tipos de abordagem aqui descritos, alcançando-se, assim, em cada caso concreto, o conteúdo dos “princípios” analisados.

4.1.1. A constitucionalidade da Lei de Recuperação de Empresas e Falência

4.1.1.1. O estado da questão

O Partido Democrático Trabalhista – PDT, argüiu junto ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade dos artigos 83, incisos I e VI, letra *c* e 141, inciso II da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade distribuída ao Ministro Relator Ricardo Lewandowski, cujo julgamento ainda não foi iniciado.

Segundo o requerente, quanto às hipóteses de alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor (artigos 60 e 141, da Lei), teria havido afronta à valoração do trabalho e à dignidade dos trabalhadores, na medida em que eventuais adquirentes foram liberados de qualquer ônus de natureza trabalhista, diante da não sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Além disso, quanto à classificação dos créditos na falência, ao considerar quirografários os créditos trabalhistas que excedam ao montante de cento e cinquenta salários mínimos (incisos I e VI, do artigo 83), segundo o requerente, teria havido violação ao princípio da isonomia e às garantias dos direitos sociais do trabalho e do emprego, uma vez que, “o que assegura o privilégio de determinado crédito não é o seu valor, mas sim a sua natureza”.

Quanto a tais alegações, a Advocacia-Geral da União se manifestou pela improcedência da ação alegando que os dispositivos que determinam a não sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas representariam, na verdade, um enorme avanço no campo da preservação da empresa, tratando-se de previsão indispensável para o surgimento de interessados na aquisição de filiais ou de unidades produtivas isoladas de uma empresa falida, o que beneficiaria os credores trabalhistas, seja pelas maiores possibilidades de manutenção do emprego, seja por comporem a classe com maior preferência no recebimento dos valores auferidos com a operação. Quanto às disposições relativas à classificação dos créditos, estas beneficiariam os próprios trabalhadores, sobretudo aqueles cujos créditos são de pequena monta, tutelando-os a partir do momento em que as restrições são a valores individuais e não globais, anotando ainda que, segundo o parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, no ano de 2002, a média dos valores pagos na Justiça do Trabalho foi de doze salários-mínimos, de forma que, tal restrição afetaria número reduzidíssimo de assalariados, dentre os quais estariam, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República também se manifestou no sentido de que o pedido de declaração de inconstitucionalidade não deveria prosperar, uma vez que, quanto à alienação judicial de ativos, esta teria o objetivo de obtenção de recursos para o cumprimento de obrigações contidas no plano, o qual seria frustrado se o arrematante sucedesse o devedor em seus débitos trabalhistas, em evidente prejuízo dos trabalhadores. Quanto ao teto de cento e cinquenta salários mínimos, não haveria que se falar em perda de direitos, dado que, independentemente da categoria em que se classifiquem, os créditos não

deixam de existir e tampouco se tornam inexigíveis, primando-se apenas, por meio dessa disposição, pela proteção da grande maioria dos credores trabalhistas, aos quais são devidas verbas rescisórias inferiores a esse valor.

Analisando-se as posições defendidas na inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade e nas manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, nota-se que se trata de controvérsia relativa a um alegado conflito normativo em que teríamos de um lado os “princípios” da proteção ao trabalhador e da isonomia e, de outro, o “princípio” da recuperação da empresa, embasado por aquele de sua função social, os quais, por sua vez, também seriam benéficos aos interesses dos trabalhadores.

Trata-se assim, de situação em que “princípios” são invocados enquanto normas hierarquicamente superiores – no caso constitucionais – que devem ser respeitadas por aquelas inferiores, sob pena de sua invalidade.

Assim, no caso, se positivo o juízo a respeito da restrição desproporcional dos princípios da “proteção ao trabalhador” e da “isonomia” – que nessa hipótese teriam realmente a natureza de mandamentos de otimização – isso acarretaria a inconstitucionalidade dos dispositivos em questão.

4.1.1.2. Esclarecimentos preliminares

Conforme já esclarecido, a alegação de inconstitucionalidade dos artigos 83, incisos I e VI, letra c e 141, inciso II, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, está embasada em que tais dispositivos restringiriam de maneira desproporcional os princípios da isonomia e da proteção ao trabalhador, o que, segundo o requerente, não se justificaria mesmo em face dos princípios da preservação da empresa e de sua função social.

Trata-se, de tal maneira, de típico caso de regras infraconstitucionais que restringiriam princípios constitucionais em busca de se conseguir o realização de outro princípio, ou seja, de hipótese de conflito normativo entre princípios jurídicos que, de tal maneira, deve ser esclarecido por meio do recurso a regra da proporcionalidade.

No entanto, antes de se verificar a maneira como tal conflito normativo deve ser solucionado, faz-se necessário analisar os princípios jurídicos invocados no caso em questão.

Em primeiro lugar, quanto ao princípio da proteção ao trabalhador deve-se esclarecer que este mandamento – concretizado na Lei de Recuperação de Empresas e Falência em diversos dispositivos – não se trata de um “princípio” do Direito Falimentar e Recuperacional, mas de “princípio” constitucional que deve ser realizado na maior medida possível, conforme os limites fáticos e jurídicos existentes, que deve ser observado pela Lei naquilo em que ela regulamente os direitos dos trabalhadores, mesmo que por vezes possa restringi-lo em nome de outros princípios.

Já quanto ao princípio da isonomia, saliente-se que esse princípio de assento constitucional informa todo o ordenamento jurídico, enquanto norma de direito fundamental que estabelece a necessidade de tratar a todos com igualdade, vinculando o legislador quando da edição de qualquer norma, que não poderia violar tal princípio – verdadeiro mandamento de otimização –, sob pena de ser considerada inconstitucional, não se tratando, portanto, de princípio especial do Direito Recuperatório e Falimentar.

Quanto a isso, deve-se ter em mente que esse mandamento se manifesta no direito concursal por meio do “princípio” da *par conditio creditorum*, que está na própria essência do Direito Falimentar e Recuperacional, o qual, sendo concursal por definição, tem no tratamento paritário dos credores – conforme as suas classes – o conceito fundamental que informa todo o sistema normativo que o regula. Saliente-se ainda que, segundo disposição expressa do artigo 126, da Lei, nas relações patrimoniais não reguladas especificamente por ela, esse princípio deve ser aplicado.

Por fim, quanto ao princípio da preservação da empresa – que se relaciona diretamente a sua função social – cumpre enfatizar que se trata de mandamento de otimização de natureza constitucional aplicável tanto à recuperação judicial e extrajudicial, como também ao processo de falência, sendo, na verdade, o objetivo central de todo o Direito Falimentar e Recuperacional, o qual, seja por meio do próprio instituto da recuperação, seja, quando inevitável, por meio da falência, tem como seu fim último a preservação da atividade empresarial.

Nesse sentido, enquanto a *par conditio creditorum* é a regra constitutiva fundamental que estrutura o próprio campo do Direito Falimentar e Recuperacional, o princípio da preservação da empresa tem a natureza de seu objetivo central, que em maior ou menor medida, conforme os limites fáticos e jurídicos existentes, é concretizado por todos os dispositivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

4.1.1.3. Análise teórica

As normas jurídicas dispostas pelos artigos 83, incisos I e VI, letra c e 141, inciso II da Lei de Recuperação de Empresas e Falência inegavelmente instituem restrições ao princípio da “proteção ao trabalhador” enquanto norma jurídica que, como característica de mandamento de otimização estabelece, em seu caráter *prima facie*, que estes devem se tutelados na maior medida possível.

Nesse sentido, as previsões que liberam eventuais adquirentes de ativos empresariais da sucessão do devedor nas obrigações derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho e estabelecem como quirografários os créditos trabalhistas que excedam ao montante de cento e cinquenta salários mínimos, significam que a “proteção ao trabalhador” será efetivada em menor medida do que seria hipoteticamente possível – afinal, disposições que estabelecem como preferenciais os créditos trabalhistas independentemente de

seu valor e estabelecessem a sucessão do adquirente nas obrigações trabalhistas, certamente, garantiriam seus direitos em maior medida.

No entanto, tal afirmação não significa necessariamente a inconstitucionalidade de tais dispositivos, uma vez que a definição do conteúdo definitivo de um princípio jurídico, ou seja, daquilo que é efetivamente devido, depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras opostos¹⁴².

Assim, analisando a restrição à sucessão nas obrigações trabalhistas do alienante por parte do adquirente, percebe-se que estamos diante de um conflito entre dois princípios jurídicos, notadamente, aquele da “proteção ao trabalhador” e aquele da “recuperação da empresa”, uma vez que, no caso, em vista de fomentar a recuperação da empresa em crise, sacrifica-se, no caso concreto, interesses dos trabalhadores.

Conforme já afirmado, evidentemente, a não responsabilização do arrematante pelas obrigações do devedor, de qualquer natureza, objetiva despertar o maior interesse dos possíveis compradores, que poderão adquirir a totalidade dos estabelecimentos que integram a empresa, inclusive os intangíveis, como, por exemplo, marcas comerciais, sem correr o risco de, ulteriormente, serem responsabilizados por dívidas do falido. Ampliando-se, assim, as chances de interessados arrematarem a integralidade dos estabelecimentos arrecadados e, conseqüentemente, as possibilidades de mais credores lograrem receber seus créditos. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho enfatiza que é provável que a própria alienação da empresa se frustrasse se o adquirente tiver que pagar todos os débitos de responsabilidade do falido, pois, ele também passará a correr o risco de falir.¹⁴³

Assim, a previsão da inexistência de sucessão na venda dos ativos do falido também atende à preocupação de proteção aos direitos dos credores, em especial os direitos dos

¹⁴² R. ALEXANDRE. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

¹⁴³ F. U. COELHO. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, pp. 364-368.

credores trabalhistas que, além de poderem receber rateio maior dos créditos por eles titularizados, ainda poderão recuperar os postos de trabalho perdidos, haja vista que o adquirente da totalidade da empresa, com certeza, terá que contratar empregados para desenvolver a atividade empresarial.

Analisando tal medida segundo os conceitos analíticos da regra da proporcionalidade, percebemos facilmente, que tal medida restritiva é “adequada” para fomentar a realização do princípio da recuperação da empresa (P1), que dificilmente poder-se-ia pensar em outra medida que, restringido o princípio da proteção ao trabalhador (P2) em menor medida, fosse tão eficiente quanto esta, estabelecendo-se assim, a sua “necessidade”.

Quanto a sua proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se a restrição sofrida por P2 em vista do interesse em se fomentar P1 a própria situação preferencial dos créditos trabalhistas, que significa na prática que os resultados da alienação servirão, em primeiro lugar, para saldar a dívida relativa a esta classe de credores parece justificar a proporcionalidade de tal medida, além disso, o interesse de preservação da empresa, fundado no princípio da função social dos meios de produção, fomentado pela alienação do estabelecimento e a conseqüente manutenção da atividade empresarial, significa, a preservação, quando não a criação de postos de trabalho, o que, em última medida também seria benéfico para os interesses dos trabalhadores.

Apesar de a questão de se P1, prevalece sobre P2 no caso concreto não poder ser respondida de maneira matemática, uma vez que, em se tratado de sopesamento de valores existe uma imprecisão intrínseca nessa operação, inegável que o aspecto analítico da teoria dos princípios permite que a discussão seja realizada em torno de argumentos mais claros e precisos.

A posição que defende a constitucionalidade de tal norma, portanto, considera que o interesse em se preservar a empresa – em vista de sua função social – justificaria a restrição a direitos trabalhistas realizados pela lei, posição reforçada pelo fato de que essa medida, ao

mesmo tempo em que em certa medida restringiria o princípio da proteção ao trabalhador, por outro lado o fomentaria, a partir dos benefícios concretos que a alienação do estabelecimento poderia gerar para os credores trabalhistas da empresa e aqueles que se beneficiariam pela manutenção de postos de trabalho.

De tal forma, a situação poderia ser descrita de maneira mais precisa como algo mais complexo do que uma restrição do princípio da proteção ao trabalhador (P2) em nome do princípio da preservação da empresa (P1), uma vez que, fomentar P1, apesar de potencialmente prejudicar P2, poderá, no caso concreto, fomentar este mesmo princípio P2.

Por sua vez, quanto à determinação de que os créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite de cento e cinquenta salários-mínimos por credor, serão classificados como créditos quirografários – limitando-se assim os créditos trabalhistas classificados como preferenciais –, segundo os requeentes, seria inconstitucional, não só em vista da restrição ao princípio da proteção ao trabalhador, mas também, por violar o dever constitucional de isonomia.

Em primeiro lugar, tendo se esclarecido que o dever constitucional geral de igualdade se manifesta no Direito Falimentar e Recuperacional no princípio da *par conditio creditorum* que permeia toda a estrutura do processo concursal, é importante ter em mente que este dispositivo significa a concretização do mandamento de que os iguais devem ser tratados de maneira igual e os diferentes de maneira diferente na medida de sua desigualdade, uma vez que, a separação dos credores em classes atende exatamente a essa necessidade de se tratar diferentemente os desiguais.

Assim, é inegável a diferença existente entre titulares de créditos trabalhistas inferiores a cento e cinquenta salários-mínimos e aqueles titulares de créditos em valores superiores, mormente diante da informação de que, no ano de 2002, a média dos valores pagos na Justiça do Trabalho foi de doze salários-mínimos.

Por fim, quanto à restrição do princípio da proteção do trabalhador (P2) em nome do princípio da recuperação da empresa (P1), mais uma vez, estamos diante de questão que depende de resposta relativa a sopesamento de valores constitucionais. No entanto, o fato de que os valores excedentes ao teto de cento e cinquenta salários mínimos continuam sendo devidos – mesmo que classificados como quirografários – somado ao fato da perda do caráter alimentar de tal excedente, parecem justificar essa reclassificação.

4.1.2. A possibilidade de recuperação de empresa falida em regime de continuação

4.1.2.1. O estado da questão

A possibilidade de concessão da recuperação judicial à empresa falida em continuação de negócio foi debatida pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em julgamento unificado de três agravos de instrumento, de relatoria do Desembargador Romeu Ricupero, interpostos por Gabriel Jeszesky, Antonio Pizzamiglio e outros e pelo Banespa, no processo 4039204100, sendo agravada Pêrsico Pizzamiglio (massa falida).

A questão central que se examina é se uma empresa falida em regime de continuação provisória de negócios, tal qual era previsto no artigo 74 do Decreto-lei nº 7.661/45 e continua previsto no inciso XI, do artigo 99, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, tem direito de postular a recuperação judicial, uma vez que, a Lei atual só permite que empresas em concordata concedida no regime anterior requeiram a migração para a recuperação judicial, silenciando quanto à situação da empresa falida em continuidade de negócios.

Fábio Ulhoa Coelho, em parecer redigido para este caso, identificou tal caso como sendo o de existência de uma lacuna jurídica, no que foi seguido pelo voto do relator, afirmando-se que, frente à ausência de disciplina específica da situação do falido em regime de continuação, haveria, a princípio, duas possibilidades: (i) a da interpretação restritiva e (ii) a da interpretação ampliativa.

Ainda segundo tal parecer, a opção deveria ser feita pela interpretação ampliativa em vista (i) do princípio da função social da empresa, (ii) da correspondência entre os objetivos do instituto da continuação e da recuperação judicial – qual seja, a preservação da empresa –, (iii) do princípio da igualdade, (iv) por a migração não se tratar de uma regra de exceção e (v) da regra do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, em havendo lacuna ela deverá ser colmatada por meio da analogia.

Nesse mesmo sentido, os julgadores entenderam existir uma lacuna na Lei de Recuperação de Empresas e Falência, que não dispunha de regra específica regulando a possibilidade de empresa falida em regime de continuação pedir a migração para a recuperação judicial – tendo-se previsto esse direito apenas para o caso daquelas em regime de concordata preventiva ou suspensiva.

Nesse caso, a Câmara Especial optou por aplicar a analogia para colmatar a lacuna em questão, entendendo que uma empresa falida em regime de continuidade provisória de suas atividades, sob o Decreto-lei 7661/45 pode migrar para a recuperação prevista na Lei 11.101/05, nos termos do § 2º, do artigo 192, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, afastando o óbice do *caput* e inciso I, do artigo 48, da Lei, segundo o qual, só poderá requerer a recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente a atividade há mais de dois anos e que “não for falido”.

Tal decisão, segundo o próprio acórdão, teria sido proferida em vista do princípio da constitucional da função social da empresa e daquele da preservação das empresas viáveis, previsto na própria Lei.

4.1.2.2. Esclarecimentos preliminares

Lacunas jurídicas podem ser entendidas como a existência de um comportamento não qualificado normativamente pelo ordenamento jurídico. No entanto, diante da realidade

normativa dos “princípios”, que significa na prática a ausência de situação não reguladas pelo direito, “lacuna” não deve ser entendida como a ausência de norma jurídica aplicável a situação, mas como a ausência de uma regra específica, a qual deverá ser construída para o caso concreto, a partir das normas jurídicas principiológicas.

Nesse sentido, “princípios” são aqui empregados em sua clássica função de colmatar lacunas jurídica, conforme o significado do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42), ao postular que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

No caso, conforme a análise empreendida por Fábio Ulhoa Coelho, a opção pela colmatação da lacuna por meio da interpretação ampliativa se justificaria em vista (i) do princípio da função social da empresa, (ii) da correspondência entre os objetivos do instituto da continuação e da recuperação judicial – qual seja, a preservação da empresa –, (iii) do princípio da igualdade, (iv) por a migração não se tratar de uma regra de exceção e (v) da regra do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, em havendo lacuna ela deverá ser colmatada por meio da analogia.

Ou seja, em vista dos princípios (i) da função social, (ii) da preservação da empresa, (iii) da igualdade, que, diante (iv) da migração não se tratar de uma regra de exceção – ou seja de não ser proibida a migração em todos os casos, salvo no das empresas em regime de concordata – justificaria o recurso à (v) analogia, conforme previsto no artigo 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil.

Quanto a isso, ressalte-se a importância do princípio da função social dos meios de produção, que embasa o princípio da preservação da empresa e o da igualdade para o Direito Falimentar e Recuperacional, o qual, conforme já exposto, tem na *par conditio creditorum* (manifestação específica da igualdade no direito concursal) a pedra angular do Direito Falimentar e Recuperacional e nos princípios da função social e da preservação da empresa

seu objetivo central, que em maior ou menor medida, conforme os limites fáticos e jurídicos existentes, é concretizado por todos os dispositivos da Lei.

4.1.2.3. Análise teórica

Nesse caso, diferentemente daquele anteriormente analisada, não estamos diante de uma situação de existência de norma hierarquicamente inferior que restrinja norma superior com a estrutura normativa de princípio – mandamento de otimização – cuja constitucionalidade deva ser verificada por meio do emprego da regra da proporcionalidade, mas sim de hipótese em que se alega: (i) a ausência de uma regra específica que regule uma situação concreta, ou (ii) a existência de regra proibitiva cuja tipicidade deve ser afastada no caso concreto.

Assim, a primeira pergunta que deve ser respondida é se efetivamente estamos diante de uma lacuna jurídica e é esse o real significado da afirmação de Fábio Ulhoa Coelho, segundo a qual frente à ausência de disciplina específica da situação do falido em regime de continuação, haveria, a princípio, duas possibilidades: (i) a da interpretação restritiva e (ii) a da interpretação ampliativa.

Na primeira hipótese, restritiva, na verdade, não se trata de se entender existente uma lacuna jurídica, a qual não poderia ser colmatada, mas sim de se entender que inexiste lacuna uma vez que, diante da exigência de que a empresa não seja falida para que possa requerer a recuperação judicial não caberia falar em ausência de regulação, frente a possibilidade de migração para a recuperação judicial da empresa em regime de concordata, da falida em regime de continuação, uma vez que, tal situação estaria perfeitamente regulada pelo *caput* e inciso I, do artigo 48, da Lei, segundo os quais, em sendo falida inviável a migração, por impossível requisitar-se a recuperação.

De tal forma, em se considerando a exigência de “não ser falida” como regra geral que regula a situação, a concessão da migração, a princípio, estaria impedida, no entanto, mesmo

assim, a invocação ao princípio da preservação da empresa – embasado naquele da função social – enquanto norma hierarquicamente superior de assento constitucional poderia, no caso concreto, permitir que se afastasse a incidência dessa regra geral no caso específico da empresa falida em regime de continuação.

Segundo esse entendimento estaríamos diante de uma daquelas situações de aparente conflito normativo entre uma regra (proibitiva da concessão da recuperação judicial a empresas falidas) e de um princípio (que determina que se fomente a recuperação das empresas em vista da necessidade de que os meios de produção cumpram sua função social).

Assim, conforme explicado quanto à resolução de conflitos normativos desse tipo, a não ser que a tipicidade da conduta possa ser excluída da hipótese de incidência da regra, a consequência por ela prescrita deverá ser realizada.

Na segunda hipótese, ampliativa, a principal questão é a própria construção da lacuna jurídica, uma vez que, diante do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, em ela existindo, inegável a possibilidade de se recorrer a analogia e aos “princípios” para a colmatar.

Em se considerando existente uma lacuna jurídica, inegável a possibilidade de que seja construída regra jurisprudencial para o caso concreto, a qual, diante do artigo 126, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, deverá atender à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observados os objetivos do processo falimentar de preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos.

Ou seja, em existindo lacuna jurídica, diante da expressa previsão do artigo 126, da Lei que determina que seja criada norma jurídica para o caso concreto que observe o princípio da preservação da empresa, inegável possibilidade de se decidir pela permissão da migração da empresa falida em regime de continuação para a recuperação judicial.

4.2. Conclusão parcial

A análise de casos desenvolvida evidencia o fato de que o conteúdo dos princípios jurídicos só pode ser definido concretamente a partir da verificação do significado específico do termo “princípios” no caso e, em se tratando de situação marcada por um conflito normativo:

(i) em se tratando de caso de alegação de inconstitucionalidade de regra infraconstitucional, pelo sopesamento dos princípios hierarquicamente superiores, por meio da correta aplicação da regra da proporcionalidade;

(ii) em se tratando de caso em que a ausência de uma regra específica que regule a situação, pela construção de uma regra jurisprudencial para a situação, a partir do sopesamento dos princípios – hierarquicamente superiores, ou não – que regulem o caso.

5. CONCLUSÃO

A afirmação da existência de princípios do Direito Falimentar e Recuperacional brasileiro exige, conseqüentemente, que se determine o significado do termo princípios. De tal maneira, nesta dissertação, este termo foi utilizado com um dos seguintes três possíveis sentidos: de (i) norma gerais, (ii) regras constitutivas ou (iii) mandamentos de otimização.

Diante disso, considerando-se que a doutrina e a jurisprudência afirmam existirem “princípios clássicos” e “novos princípios” do Direito Falimentar e Recuperacional, passou-se em seguida à análise de cada um deles, verificando-se, em cada hipótese, em que sentido o termo “princípio” era utilizado para se designar cada um deles.

A partir de tal análise, tendo-se claro, quais princípios podem ser entendidos como normas hierarquicamente superiores – com assento constitucional –, quais normas devem ser entendida como regras constitutivas – que determinam o próprio campo jurídico do Direito Falimentar e Recuperacional –, quais normas devem ser entendidas apenas como disposições mais abstratas do que outras e quais normas devem ser entendidas como mandamentos de otimização, percebe-se conseqüentemente, o quanto a polissemia do termo “princípios” pode dar ensejo a confusões quando da sua aplicação.

Quanto a isso, merecem particular destaques dois princípios que estabelecem a estrutura e os fins do Direito Falimentar e Recuperacional, verdadeiras normas fundamentais deste ramo jurídico, quais sejam:

(i) O princípio da recuperação de empresas, o qual, tendo por base o princípio constitucional da função social dos meios de produção, pode ser definido como um mandamento de otimização aplicável tanto à recuperação judicial e extrajudicial, como também ao processo de falência, que estabelece o objetivo central de todo o Direito Falimentar e Recuperacional, o qual, seja por meio do próprio instituto da recuperação, seja, quando inevitável, por meio da falência, tem como seu fim último a preservação da atividade

empresarial, determinando, assim, qualquer possibilidade de compreensão teleológica de qualquer dispositivo da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

(ii) O “princípio” da *par conditio creditorum*, o qual, está na própria essência do Direito Falimentar e Recuperacional, que, sendo concursal por definição, tem no tratamento paritário dos credores – conforme as suas classes – o conceito fundamental que informa todo o sistema normativo que o regula.

Nesse sentido, conforme já afirmado, enquanto a *par conditio creditorum* é a regra constitutiva fundamental que estrutura o próprio campo do Direito Falimentar e Recuperacional, o princípio da preservação da empresa é seu objetivo central, que em maior ou menor medida, conforme os limites fáticos e jurídicos existentes, deve ser concretizado pelos dispositivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Quanto a isso, importante diferenciar, conforme a análise de casos desenvolvida no Capítulo 4 explicitou, a pertinente distinção entre (i) se verificar a constitucionalidade de uma regra infraconstitucional a partir da verificação se o sopesamento realizado entre os princípios fundamentais que a embasam foi realizado de maneira proporcional, (ii) se construir a partir de princípios jurídicos regra jurisprudencial para regular situação específica não tipificada por meio de uma regra positivada legislativamente e (iii) a exclusão de uma determinada conduta da tipificação realizada por uma regra jurídica que, apesar de não ser inconstitucional em abstrato, no caso concreto geraria consequências que restringiriam desproporcionalmente um outro princípio.

Espera-se que a presente dissertação tenha sido capaz de diferenciar cada uma dessas distintas situações, explicitando os diversos percursos argumentativos necessários para lidar com cada uma delas de maneira consistente. Especialmente diante da afirmação auto evidente de que a correta aplicação dos princípios do Direito Falimentar e Recuperacional não pode prescindir da adequada compreensão de cada um deles especificamente.

6. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique. Da falência. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, São Paulo, 1997.

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. XLI, 1943.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.

ALMEIDA, Amador Paes. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALVIM, José Manuel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASCARELLI, Tullio. *Derecho Mercantil*. México: Distribuidores Porrúa Hnos Y Cia., 1940.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>.

- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BATTELLO, Silvio Javier (organizador). *Principais Controvérsias na Nova Lei de Falências*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BEDRAN, Elias. *Falências e Concordatas no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Alba, 1962.
- BESSONE, Darcy. *Instituições de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo – A garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BUZAID, Alfredo. *Do Concurso de Credores no Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- CARVALHO, Antonio Gledson de. *Lei de Falência, Acesso ao Crédito Empresarial e Taxas de Juros no Brasil*. Febraban, maio de 2003.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coordenadores). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- D'AVACK, Carlo. *Natura Giuridica del Fallimento*. Padova: Cedam, 1940
- DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DONNINI, Rogério José Ferraz. A Complementação de Lacunas no Código Civil – Continua a vigor o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil?. In: DONNINI, Rogério José Ferraz; CARRAZZA, Roque Antonio (Coord.). *Temas Atuais de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- DWORKIN, Robert. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Da assembléia-geral de credores. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*, v. 4 e 5. 2ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, 1948.

_____. *Tratado de Direito Comercial*, v. 14 e 15. São Paulo: Saraiva, 1965.

FRONTINI, Paulo Salvador. Art. 126. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade privada. *Revista dos Tribunais*, v. 411, 1970.

_____. *Contratos*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Derechos fundamentales, processo y principio de proporcionalidad. *Revista de Processo*, v. 95, 1999.

_____. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*, v. 719, 1995.

LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LOBO, Jorge. Da assembléia-geral de credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, José Reinaldo Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 160, 1993.

_____. Direito civil e direito do consumidor – princípios. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato (coordenador). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARCONDES, Silvio. *Apostilas: Direito Comercial – Falência*. (Inédito). 1960.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Das Falências*. São Paulo: Typographia Brazil de Carlos Gerke & Cia., 1889.

_____. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 7. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Crimes de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Art. 67. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Rmpresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NAVARRINI, Umberto. *Trattato di Diritto Fallimentare*. Bologna : Nicola Zanichelli Editore, 1939.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Caio Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*, São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Processo de Falência e Concordata*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coordenador). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- PASSARELLI, Francesco Santoro. Proprietà Privata e Costituzione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura. Civile*, v. XXVI, 1972.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. Art. 3º. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, v. 1, 28-30. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, t. 5. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- PROVINCIALI, Renzo. *Trattato di Diritto Fallimentare*, v. 1-4. Milano: Giuffrè, 1974.
- RAMELLA, Agostinho. *Trattato del Fallimento*. Milano: Società Editrice Libreria, 1915.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de Empresas*. São Paulo: Manole, 2008.
- ROCCO, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*. México: Ed. Nacional, 1966.
- RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

SANTOS, Elenise Peruzzo. Os princípios clássicos e atuais da lei de falências e recuperação de empresas. In: BATTELLO, Silvio Javier. *Principais Controvérsias na Nova Lei de Falências*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SANTOS, Paulo Penalva. *A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SATTA, Salvatore. *Instituciones Del Derecho de Quiebra*. Buenos Aires: E.J.E.A, 1951.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O Conteúdo Essencial dos Direitos fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*. Tese (Titularidade em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n.1, 2006.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Princípios e regras - Mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002.

SOUZA, Marcelo Papaléo. *A Nova Lei de Recuperação e Falência e as suas conseqüências no Direito e no Processo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. A função social da empresa. In: FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Art. 50 e 54. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Ricardo. Dos efeitos da decretação de falência sobre as obrigações do devedor. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOLEDO, Paulo F. Campos Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito Processual Falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VIDARI, Ercole. *Corso Di Diritto Commerciale*, v. VIII. Milano: Ulrico Hoepli Editore-Librajo Della Real Casa, 1907.

VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ZANINI. Carlos Klein. Art. 75. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.