

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

**O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A ASSEMBLEIA-GERAL
DE CREDORES: PODERES E DEVERES DOS CREDORES, DO
DEVEDOR E DO JUIZ**

André Fernandes Estevez

Porto Alegre, dezembro de 2011.

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

**O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A ASSEMBLEIA-GERAL
DE CREDORES: PODERES E DEVERES DOS CREDORES, DO
DEVEDOR E DO JUIZ**

Dissertação apresentada como requisito
final para a obtenção do grau de Mestre
em Direito.

**Mestrando André Fernandes Estevez
Orientador Prof. Dr. Peter Walter Ashton**

Porto Alegre, dezembro de 2011.

**O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A ASSEMBLEIA-GERAL
DE CREDORES: PODERES E DEVERES DOS CREDORES, DO
DEVEDOR E DO JUIZ**

André Fernandes Estevez

Dissertação apresentada como requisito
final para a obtenção do grau de Mestre
em Direito.

Aprovado em 05 de dezembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Peter Walter Ashton

Prof. Dr. Carlos Klein Zanini

Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade

Aos meus pais.
Aos meus irmãos.
À minha esposa.

RESUMO

Este trabalho analisa os critérios de aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial na assembleia-geral de credores. Para tanto, faz-se uma análise histórica e de Direito comparado com a finalidade de verificar a evolução do Direito Falimentar, bem como se sistematiza o seu funcionamento previsto na Lei n.º 11.101/2005. Examinam-se os pressupostos para a votação e a formação do *quórum* para que se estabeleçam as premissas das controvérsias verificadas na jurisprudência e na doutrina. Com tal base, expõem-se os limites de manifestação de vontade de credores e devedor e dirimem-se quais são os requisitos para que o magistrado aprove ou rejeite o plano de recuperação judicial, solucionando lacunas que se encontram em diversos artigos da Lei Falimentar e sistematizando a interpretação, visando a uma unidade e coerência do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: recuperação judicial; crise econômico-financeira; assembleia-geral de credores; conflito de interesses; abuso de direito; princípio da preservação da empresa; função social da empresa.

ABSTRACT

This study examines the criteria for approval or rejection of the plan of judicial reorganization at the general meeting of creditors. Therefore, it is made a historical and comparative law analysis in order to check the development of Bankruptcy Law, as well as to systematize its operation under Law nº 11.101/2005. The conditions for the formation of the quorum and vote are analysed to lay the premises of the controversies found in case law and doctrine. On this basis, it exposes the limits of manifestation of will of the debtor and creditors and settle about what are the requirements for a magistrate approve or reject the plan of judicial reorganization, resolving gaps in various articles of Bankruptcy Law, systematizing the interpretation, seeking a unity and coherence of the legal system.

Key-words: judicial reorganization; economic and financial crisis; general meeting of creditors; conflict of interest; law abuse; principle of preserving the company; social function of enterprise.

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
SUMÁRIO	7
1. INTRODUÇÃO	9
2. HISTÓRICO DO DIREITO FALIMENTAR E DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO	11
2.1. Origem do Direito Falimentar	12
2.1.1. A satisfação do crédito na antiguidade clássica	12
2.1.2. O Direito romano e a formação das bases do concurso de credores e da concordata	14
2.1.3. A Idade Média e o surgimento do Direito Comercial: o Direito Falimentar como execução concursal do devedor comerciante e sua evolução	19
2.1.4. A consolidação da legislação falimentar	24
2.2. O Direito Falimentar e a assembleia de credores no Brasil: antecedentes legislativos da Lei n.º 11.101/2005	28
2.2.1. As Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas	28
2.2.2. A Lei n.º 556/1850 (Código Comercial)	30
2.2.3. O Decreto n.º 917/1890	33
2.2.4. A Lei n.º 859/1902	35
2.2.5. A Lei n.º 2.024/1908	36
2.2.6. A Lei n.º 5.746/1929	37
2.2.7. O Decreto-Lei n.º 7.661/1945	38
3. PANORAMA DA LEI N.º 11.101/2005	41
3.1. Princípios no Direito Falimentar	42
3.1.1. Princípio da predominância do interesse dos credores	46
3.1.2. Princípio da publicidade dos procedimentos	47
3.1.3. Princípio da <i>par conditio creditorum</i>	49
3.1.4. Princípio da maximização dos ativos do devedor	50
3.1.4.1. A possível contribuição da análise econômica do Direito	50
3.1.5. Princípio da preservação da atividade empresarial	57
3.1.5.1. As teorias contratualista e institucionalista da sociedade	58
3.1.5.2. O princípio da função social da empresa	63
3.1.5.2.1. O conceito de empresa no Direito brasileiro (art. 966 do Código Civil) e o perfil funcional de Asquini: função social como proteção à atividade empresarial	66
3.1.5.3. A sociedade como feixe de contratos	70
3.1.5.4. Ponderações sobre o princípio da preservação da empresa	71
3.1.5.5. Ainda sobre o princípio da preservação da empresa	74
3.2. Breve descrição do funcionamento da assembleia-geral de credores para a aprovação do plano de recuperação judicial na Lei n.º 11.101/2005	75
3.2.1. Do pedido de recuperação judicial à instalação da assembleia-geral de credores para a apreciação do plano de recuperação judicial	75
3.2.1.1. Pedido de recuperação judicial	76
3.2.1.2. Deferimento do processamento da recuperação judicial	78
3.2.1.3. Plano de recuperação judicial	79
3.2.1.4. Objeção ao plano de recuperação judicial	80
3.2.1.5. Formalidades de convocação e instalação da assembleia-geral de credores	81
3.2.2. Assembleia-geral de credores	83

4. CRITÉRIOS PARA A PARTICIPAÇÃO DOS CREDORES NA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES PARA A ANÁLISE DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	86
4.1. Definição dos credores <i>a priori</i> aptos a participar da assembleia-geral de credores.....	86
4.2. Créditos inexigíveis na recuperação judicial	91
4.3. Credores que participam da recuperação judicial sem direito a voto na assembleia-geral de credores	95
4.4. Formação do quadro-geral de credores, direito de voto e invalidação de assembleia-geral: compatibilização dos arts. 39 e 40 da Lei n.º 11.101/2005.....	97
4.5. Participação dos credores por meio de mandato.....	101
4.5.1. Compatibilização do mandato com instruções com a regra que permite a alteração do plano durante a assembleia-geral de credores.....	107
5. LIMITES À VONTADE DE CREDORES E DEVEDOR.....	114
5.1. Soberania da assembleia-geral de credores na análise de viabilidade do plano de recuperação judicial	115
5.2. Interpretação vinculada dos credores e do devedor para a análise do plano de recuperação judicial e o abuso de direito	118
5.2.1. O abuso de direito e o voto dos credores: consequências jurídicas	124
5.2.2. Limite à vontade do devedor e o abuso de direito: consequências jurídicas	127
6. LIMITES IMPOSTOS AO JUIZ NA ANÁLISE DA VOTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	132
6.1. A aprovação do plano de recuperação judicial pelo <i>quórum</i> previsto no art. 45 da Lei nº 11.101/2005	132
6.1.1. Alteração de plano durante a assembleia-geral de credores e a análise de prejuízo aos credores ausentes	134
6.2. Análise do plano de recuperação judicial nos limites do art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005	135
6.2.1. Formação de <i>quórum</i> alternativo	135
6.2.1.1. Ausência de tratamento diferenciado na classe que rejeitou o plano.....	136
6.2.1.2. A hipótese do credor único da classe.....	138
6.2.2. Interpretação de "poderá" contido no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005.....	141
6.2.2.1. Primeira corrente: a concessão da recuperação judicial como ato obrigatório	141
6.2.2.2. Segunda corrente: a concessão da recuperação judicial como ato discricionário.....	143
6.2.2.3. Por uma terceira corrente: negação da discricionariedade e a concessão da recuperação judicial como ato vinculado.....	143
6.2.2.3.1. A necessária análise pelo Juiz do mérito do plano para a concessão da recuperação judicial pela forma do art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005	147
6.2.2.3.2. O abuso de direito e a função social da empresa como vetores para a análise do plano de recuperação judicial.....	148
6.2.2.3.2.1. O Ótimo de Pareto e o abuso de direito	149
6.2.2.3.2.2. O princípio de Kaldor-Hicks e a função social da empresa.....	151
7. CONCLUSÃO	156
8. BIBLIOGRAFIA	158

1. INTRODUÇÃO

O Direito Falimentar passou por inúmeras modificações ao longo de sua história, no Brasil e no mundo, sempre fruto de uma constante insatisfação com os resultados obtidos para a concretização do pagamento dos credores.

Também alvo de duras críticas, a concordata surgiu como uma forma de apaziguamento nas relações entre credores e devedor.

Em 1945 o legislador brasileiro retira dos credores o poder de aprovar ou rejeitar o pedido de concordata formulada pelo devedor, sendo esta uma conquista comemorada pelos juristas da época¹.

Com a Lei n.º 11.101/2005 retorna ao cenário jurídico nacional a assembleia-geral de credores como mecanismo relevante para aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial (antiga concordata), sob o fundamento de que a antiga sistemática, apelidada de *favor legal*, permitiu abusos pelo devedor ante a ausência de controle pelos credores.

Nesta sistemática trazida pela atual Lei de Falências, houve a criação de mecanismos próprios para que o plano de recuperação judicial pudesse ser aprovado ou rejeitado pelos credores. No entanto, a incompletude e a imprecisão da Lei n.º 11.101/2005 gerou fundadas controvérsias na doutrina a respeito do tema.

Neste estudo, escolheu-se analisar os mecanismos de votação do plano de recuperação judicial na assembleia-geral de credores, focando especialmente os arts. 45 e 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005, os quais tratam de critérios para aprovação ou rejeição do plano.

Torna-se inevitável o estudo sobre a conduta de credores e devedor na assembleia-geral de credores. Contudo, delimitou-se a análise em saber os efeitos gerados pelo comportamento dos interessados para a aprovação do plano de recuperação judicial, sem almejar relacionar efeitos jurídicos diversos deste fim, como é o caso da responsabilidade civil.

No segundo capítulo faz-se uma análise da história do Direito Falimentar pinçando-se diversos aspectos que ajudam a compreender como foram tratadas a falência e a concordata

¹ Adiante se verá que se considerava - na década de 40 - a participação dos credores na concordata como mecanismo dispendioso, sem participação efetiva e dado a aceitações ou rejeições do plano sem critérios considerados sérios.

ao longo do tempo. A origem dos institutos e a sua evolução tornam possível melhor compreender o seu atual estágio de evolução.

No terceiro capítulo apresenta-se um panorama da Lei n.º 11.101/2005 nos seus aspectos mais relevantes, ressaltando os princípios que norteiam o atual Direito Falimentar, com especial enfoque ao princípio da preservação da empresa. Também se fez uma breve descrição do procedimento de recuperação judicial com a finalidade de situar o leitor, sem almejar, neste momento, propor as controvérsias encontradas na matéria.

O cerne do trabalho está em saber quais são os critérios para a aprovação ou rejeição de um plano de recuperação judicial. Na assembleia-geral de credores tem-se como critério pertinente os votos dados pelos credores. Por isso, o quarto capítulo presta-se a definir os credores que tem direito a voto para definir-se quais são os critérios de aprovação ou rejeição do plano. Ainda, enfrenta-se, também, a questão do mandatário com instruções frente à possibilidade de modificação do plano durante a assembleia e os efeitos de sua manifestação.

No quinto capítulo esclarecem-se os limites à vontade declarados por credores e devedor, bem como seus efeitos jurídicos para a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial.

Por fim, no sexto capítulo enfoca-se a atuação jurisdicional, elucidando os critérios que ensejam a aprovação ou a rejeição do plano de recuperação judicial.

Os capítulos delineados abrangem os aspectos necessários para compreender o funcionamento da assembleia-geral de credores na apreciação do plano de recuperação judicial e as controvérsias inerentes que se encontram presentes na doutrina e na jurisprudência.

2. HISTÓRICO DO DIREITO FALIMENTAR E DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

O Direito Falimentar é um ramo conhecido por disciplinar a execução coletiva e também por buscar solucionar as dificuldades econômico/financeiras das empresas.

A Lei de Falências é “o diploma que mais rapidamente se desgasta em confronto com a realidade dos fatos”². Pela análise da história do Direito Falimentar e de meios análogos de execução coletiva, se constata uma permanente insatisfação da doutrina com os resultados obtidos com esta disciplina. Spencer Vampré justifica com extrema clareza a inconformidade geral:

Qualquer que seja o valor de uma lei de fallencia, levanta sempre as mais vivas criticas.

Isto provém de duas ordens de motivos.

Em primeiro lugar, deante da complexidade e do numero, dos interesses em jogo, é impossivel que a lei possa contentar a todos, ou mesmo, seja perfeita sob todos os pontos de vista.

Em segundo lugar, é fatal que, ao cabo de certo tempo, pela evolução dos interesses, comprehendidos na fallencia, se faça mistér uma reforma.

A estas considerações juridicas, se acrescenta outra, de ordem moral: - todos perdem na fallencia, e, por sentimento muito humano ainda que injustificado, põem á conta do legislador os prejuizos, impostos pela situação de facto.

Não se repara, então, que a lei não póde modificar tal situação, nem crear um activo, que não existe.

Dahi acerbas accusações á lei de fallencia em todos os paizes, e as multiplas reformas, que soffre diariamente em toda a parte.

Segovia chamou a fallencia de ‘quadratura do circulo do direito commercial’.

O instituto mantém, na verdade, multiplas relações e dependencias, com o direito commercial em geral, com o civil, o internacional publico e privado, o judiciario e o constitucional; e com a economia politica, e a sciencia das finanças, e tal complexidade torna impossivel acautelal, completa e effcazmente, todos os direitos e interesses.³

Em alguns casos, como ocorre habitualmente no Direito Empresarial, o estudo de sua peculiar origem auxilia a melhor compreender os seus institutos e as suas características.

Em razão da “extrema complexidade” que envolve o Direito Falimentar devido à sua multidisciplinaridade⁴, bem como pelo eterno choque de interesses entre credores e devedor⁵,

² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 12.

³ VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1922, vol. III. p. 16-17.

⁴ Assim refere Trajano de Miranda Valverde em razão de que o direito falimentar envolve o direito comercial, bem como o público, o civil, o internacional, o criminal e o judiciário (VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ariel, 1930, vol. I. p. 22).

tal ramo sofreu com a edição de sucessivas novas regras, as quais, por vezes, retornavam ao mesmo ponto de legislações anteriores⁶, efeito da permanente insatisfação.

Algumas das soluções que atualmente vigem em nosso Direito Falimentar, adotadas pela Lei nº 11.101/2005, ao contrário do que possa parecer, não se tratam de inovações, visto que foram experimentadas e abandonadas em experiências anteriores.

Assim, é importante estudar as origens do Direito Falimentar, a fim de melhor compreender a Lei nº 11.101/2005, bem como o atual estágio de evolução do Direito brasileiro em tal ramo⁷.

2.1. Origem do Direito Falimentar

Adiante será estudada a evolução da execução concursal - onde se insere o Direito Falimentar - desde a antiguidade clássica até a atualidade.

2.1.1. A satisfação do crédito na antiguidade clássica

Nas civilizações da antiguidade clássica outorgava-se ao credor o poder de coagir fisicamente o devedor à margem da prestação jurisdicional. Assim, “o devedor era aprisionado, escravizado e até morto pelo credor, caso não pagasse o devido”⁸.

O pensamento tradicional das sociedades da antiguidade era de que a insolvência era uma irresponsabilidade e deveria ser severamente punida:

⁵ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 39: Mais adiante se verá que a discussão se centra mais entre credores e devedor, mas também envolvendo toda a coletividade.

⁶ Fábio Konder Comparato assinala que o Direito Falimentar sofreu um movimento pendular ao longo da história em que “tradicionalmente, o objetivo da falência como processo especial de execução do comerciante insolvável é proteger os interesses dos credores, ou os interesses do devedor. Dificilmente ambos.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970. p. 95).

⁷ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55: “A compreensão da matéria falimentar exige do estudante, antes de tudo, uma compreensão contextual do ambiente e das circunstâncias que determinaram os caminhos traçados pela humanidade.”

⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 06.

Na antigüidade clássica existiu, de modo consensual, a idéia de a insolvência ser uma irresponsabilidade e, como tal, dever ser severamente punida ou com a morte, ou com a escravidão, ou com a prisão, ou com a tortura, ou com a humilhação, em concordância com o pensamento romano, verbatim: “*decoctvs semper cvlposos praesvmiter donec contrarvm probetvr*”. Essa idéia, que fora inicialmente absorvida pela cultura medieval, aos poucos foi sendo abandonada por uma outra de maior eficiência sistêmica na proteção do direito do credor.⁹

Na Índia, o Código de Manú facultava ao credor submeter o devedor à escravidão, inadmitindo-se excessos brutais. Por outro lado, as pesquisas históricas assinalam que normalmente o credor não se apoderava do devedor, resolvendo-se a dívida com a prestação de serviços domésticos ou a regulação de trabalho. Não havia distinção de tratamento do crédito em relação à natureza do mesmo ou à profissão de seu titular¹⁰. Caso o devedor confessasse a dívida, haveria acréscimo de 5% e, não o fazendo, o acréscimo seria em dobro. Ainda, “sendo o devedor de casta superior, o pagamento seria realizado em prestações, de acordo com suas possibilidades”¹¹.

No período mais remoto da civilização egípcia, admitiu-se a escravidão por dívidas, “o que, entretanto, durou pouco”, sendo abolida por uma lei de Boccoris¹². Assim, após o período inicial dessa civilização, somente se permitia a execução patrimonial. De outra ponta, caso o devedor falecesse sem solver as suas dívidas, era admitido ao credor tomar o cadáver em penhor “a fim de privá-lo das honras fúnebres. Coagia-se moralmente, dessa forma, os parentes e amigos, a resgatar o cadáver, pagando-se a dívida”¹³. Não há registro de execução concursal¹⁴.

O Direito grego serviu como base para compilar a Lei das XII Tábuas. Nessa civilização, a regra era a servidão do devedor ao credor pela falta de pagamento das dívidas e se admitia que o credor pudesse alienar ou até matar o devedor. A reforma de Solon,

⁹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52.

¹⁰ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 10.

¹¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 06-07.

¹² FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 11.

¹³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 07.

¹⁴ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 12.

“inspirando-se talvez nas transformações humanitárias do direito egípcio, ordenou a liberação de todos os presos por dívidas e proibiu a possibilidade de tornar os seus corpos responsáveis pelos respectivos compromissos”¹⁵. Havendo bens do devedor, estes seriam usados para o pagamento, dando-se *preferência* ao credor que o apreendesse¹⁶.

Entre os judeus, de início não se conhecia o direito concursal. O que havia era o compromisso pessoal do devedor de trabalhar para o credor por seis anos para que ficasse livre de quaisquer débitos no sétimo ano¹⁷. Somente mais tarde, com a instituição das hipotecas gerais, é que deixou de ser inalienável a propriedade imóvel e passou-se a permitir a *sujeição de todos os bens* do devedor para o pagamento do débito¹⁸.

2.1.2. O Direito romano e a formação das bases do concurso de credores e da concordata

O marco jurídico do nosso Direito Falimentar está em Roma¹⁹, posto que tal civilização criou diversos institutos que se fazem presentes até os dias atuais²⁰, embora

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 07.

¹⁶ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 13.

¹⁷ *Ibidem*. p. 10.

¹⁸ Anteriormente à quebra da inalienabilidade do bem imóvel, somente era possível ao credor a fruição sobre o mesmo por anticrese - *Ibidem*. p. 11.

¹⁹ Assinala ainda Luiz Inácio Vigil Neto que o direito romano não era homogêneo em sua longa existência, bem como no início se baseava em costumes (VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 48).

²⁰ Peter Walter Ashton esclarece com riqueza de detalhes que o Direito romano foi compilado por Justiniano, sob a coordenação de Triboniano, dando origem ao *Corpus Juris Civilis*, composto por quatro partes: Institutiones, Digesto, Codex e Novellae. Nesta obra, abrangia-se o Direito esparso localizado entre a Lei das Doze Tábuas (451 a.C.) e o ano de 527 d.C. Com a queda do Império romano, houve a redescoberta da obra de Justiniano no século XI na Faculdade de Direito de Bolonha, pelas mãos de Irnerius, fundador da Escola dos Glosadores. Assinala, ainda, que ao longo dos séculos XII, XIII e XIV milhares de estudantes germânicos passaram pela Faculdade de Direito de Bolonha, de forma que a atual Alemanha restou bastante marcada pelo Direito romano. Tais circunstâncias culminaram com a publicação do Código Civil alemão (BGB) no final do século XIX com forte base no Direito romano, fruto do trabalho da Escola dos Pandectas. Desta forma, o Direito romano permaneceu presente e se espalhou pela cultura ocidental (ASHTON, Peter Walter. A importância do direito romano para os sistemas jurídicos do ocidente, especialmente para a Alemanha. *Direito & Justiça*, nº 23. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 279-307).

naquela época não houvesse propriamente o Direito Comercial, visto que não distinguiam os comerciantes dos não comerciantes²¹.

A Lei das XII Tábuas delinea a diferenciação entre execução singular e execução coletiva, “sendo esta a grande contribuição do direito romano ao nosso instituto”²².

Desde o início do Império romano, aceitava-se que uma dívida poderia ser confessada ou ser fruto de uma condenação²³. O inadimplemento da obrigação imputava ao devedor a condição de *decoctus* (dissipador, pessoa arruinada)²⁴.

Ensina Luiz Inácio Vigil Neto que a execução se dirigia, inicialmente, contra a pessoa do devedor (*manus injectio*):

O devedor passava à condição de escravo, podendo o credor conduzi-lo à praça pública para ser vendido ou resgatado. Inexitosa essa tentativa, sofria o devedor a *capitis diminutio maxima*, quando se tornava propriedade do credor, que podia vendê-lo fora do território romano ou matá-lo e, quiçá, esquartejá-lo.²⁵

A hipótese de esquartejamento é assinalada pela doutrina como fruto da existência de pluralidade de credores, em que não seria possível deixar o cadáver com apenas um deles, sendo necessária a retaliação do devedor. Rubens Requião afirma que “os autores estão concordes em que a História, nas crônicas latinas, não registra nenhum caso da aplicação de norma tão cruel”²⁶. De outra ponta, Bento de Faria esclarece que não há registro da prática de esquartejamento do devedor no Império romano, bem como não há consenso sobre o conteúdo da norma que teria constado no respectivo fragmento da Lei das XII Tábuas²⁷.

²¹ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 13.

²² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 08.

²³ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 48.

²⁴ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 07.

²⁵ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49.

²⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 08.

²⁷ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 15.

Mesmo assim, “é o sistema arcaico da defesa jurídica, que culmina com a vingança privada. O importante, segundo êsse ponto de vista, não é tanto defender o direito lesado como castigar a quem o violou, matando-o ou reduzindo-o à escravidão”²⁸.

Em 428 a.C. foi criada a *Lex Poetelia Papiria*²⁹ e findou a *manus injectio*. A partir deste momento, no Império romano somente era possível a execução movida contra o patrimônio do devedor³⁰. Passou-se a exigir sentença prévia para o exercício de medidas expropriatórias contra o devedor³¹.

Com o Pretor Rutilio³², criou-se a *bonorum venditio*, sistema pelo qual os bens do devedor eram alienados para o pagamento do(s) credor(es), e, havendo pluralidade, “oferecendo-lhes um determinado rateio, em percentual, para satisfação dos créditos”³³. Dado que este procedimento, por falta de *transparência* e *supervisão* se prestava a fraudes, criou-se a *missio in bona*³⁴, instituto preliminar à venda do patrimônio, no qual o magistrado concedia imissão na posse do(s) bem(ns), mediante pedido prévio do credor e confissão da dívida, fuga ou ausência do devedor. O patrimônio deveria ser protegido pelos credores e, após, vendido e repartido o seu produto entre os mesmos, sob as ordens e controle do magistrado³⁵. Emilio

²⁸ BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 47 – Para Rubens Requião: “O primitivo direito romano refletia, porém, a barbárie do princípio de que o corpo do devedor respondia pelas suas dívidas. Não se exigia a intervenção do Estado, pois o credor tinha o poder de, fazendo justiça pelas próprias mãos, sujeitar o devedor inadimplente.” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 07).

²⁹ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 15; Rubens Requião esclarece que há divergência quanto ao ano de edição da lei, lançando dúvida entre os anos 441 a.C. e 428 a.C. (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 08); Para José Carlos Moreira Alves, a Lei Poetelia Papiria é de 326 a.C. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 77).

³⁰ BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto romano*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1947, vol. I. p. 316.

³¹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49.

³² A maior parte da doutrina assinala que a criação da *bonorum venditio* se deu pelas mãos de Rutilio Ruffo. Por outro lado, esclarece Bento de Faria que o autor deste instituto é o Pretor Rutilio, o qual não se confunde com o jurista (são pessoas distintas) (FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 16).

³³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 08.

³⁴ BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto romano*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1947, vol. I. p. 317.

³⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 08-09.

Betti informa que "falida a tentativa de coação, a execução assume plenamente o caráter de um processo de expropriação coletiva e concursal"³⁶.

Para auxiliar todo o processo, o pretor convocava os credores que, em assembleia, elegiam o *magister* (ancestral do administrador judicial)³⁷ a quem competia tomar as medidas necessárias para o processamento do concurso de credores. No entanto, o processamento da venda dos bens era submetido à assembleia de credores e se dava *publicidade* para terceiros³⁸. Como se vê, trata-se de figuras jurídicas que trouxeram maior *transparência* ao procedimento, oferecendo mais garantias aos próprios credores e originando o sistema do qual decorre o atual Direito Falimentar.

Não sendo possível o pagamento de todos os credores, o devedor era marcado com nota de infâmia, perdia os direitos civis e era considerado como se “morto fosse”³⁹.

Sobre a formação do processo concursal no Direito romano, ressalva-se a posição de Alfredo Buzaid, para quem não há esclarecimento satisfatório do funcionamento de sua execução processual:

Apesar do zelo e dos diligentes esforços com que a doutrina procurou aprofundar os estudos do antigo direito romano, sobretudo da Lei das Doze Tábuas, a verdade é que não logrou esclarecer, de modo satisfatório, o funcionamento da primitiva execução processual. Tem-se dela uma idéia imperfeita e a razão disso é o que os monumentos legislativos dessa época, que nos restam são poucos. Não tendo havido largo desenvolvimento do crédito na antiga sociedade romana, naturalmente deviam ser raras as normas especiais sobre a execução.⁴⁰

Além das raízes da execução concursal, no Império romano se observa o nascimento da concordata. Esclarece Trajano de Miranda Valverde:

A sucessão *mortis causa* acarretava, no direito romano, a responsabilidade pessoal dos herdeiros do defunto, quer necessários, quer voluntários, por todas as dívidas dele. Mas, quando o passivo da herança ultrapassava o ativo, nem sempre se conformavam os herdeiros com essa situação, e, ou renunciavam à herança, ou se abstinham de aceitá-la. Se isso acontecia, eram os bens da herança vendidos, e, como o seu produto não bastasse para a satisfação de todos os credores, ficava a

³⁶ BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto romano*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1947, vol. I. p. 317-318 - Original: "Fallito il tentativo di coazione, l'esecuzione assume nettamente il carattere d'un processo di espropriazione collettivo e concursuale"

³⁷ Também denominado de *curator*.

³⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 09.

³⁹ *Ibidem*. p. 09.

⁴⁰ BUZOID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 41-42.

memoria do defunto assinalada com a *infamia*. Havia, assim, tanto da parte dos credores, para melhor defesa dos seus interesses, quanto da parte dos herdeiros, para resguardar da infamia a memoria do morto, vantagem em se acomodarem. Surge daí o *pactum ut minus solvatur*, pelo qual os credores concordavam com os herdeiros em reduzir os seus créditos às forças da herança. Para a validade do acordo bastava que credores representando maioria de créditos, o aceitassem e fosse êle homologado pelo magistrado.⁴¹

Ainda no Império romano foi criada a *induciae quinquennales*, pela qual o Imperador poderia conceder moratória ao devedor⁴². Tal instituto mostrou-se similar à moratória, conhecida como *favor legal*, que se encontrava presente no Direito brasileiro com o revogado Decreto-Lei n.º 7.661/1945 (ver cap. 2.2.7).

Mais adiante, foi criada a *Lex Julia*, a qual era destinada ao devedor infeliz, cuja impossibilidade de pagamento não se originava de truculência ou má-fé, mas sim de infortúnio. Por esta lei, permitia-se o uso da *bonorum cessio* que era a transferência de *todos os bens* do devedor aos credores para saldar as suas dívidas. Seria uma forma de o devedor demonstrar que não pretendia lesar os credores⁴³, retirando-lhe a consequência da infâmia⁴⁴. Os bens eram distribuídos *pro rata*, respeitando-se eventuais direitos reais (*jura in re*). Caso fossem adquiridos novos bens, não poderiam ser expropriados sem resguardar o necessário para a família⁴⁵. Essa é a formação da concordata preventiva.

A *concordata* “não somente deu impulso novo ao curso da falência, como fez penetrar as idéias de crédito e de apaziguamento em instituição primitivamente marcada pelos sentimentos de ódio e de vingança”⁴⁶.

⁴¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ariel, 1934, vol. III. p. 07-08.

⁴² ROCCO, Alfredo. *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento: trattato teorico-pratico*. Turim: Fratelli Bocca, 1902. p. 35.

⁴³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10.

⁴⁴ BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Madri: Reus, 1929. p. 134: "La *bonorum venditio* tenía por consecuencia la infamia del deudor. La ley Julia concedió que se evitara, cediendo voluntariamente los bienes propios."

⁴⁵ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 17.

⁴⁶ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. XV. p. 259.

Dentre os meios que se encontravam à disposição para a solução da dívida (execução concursal ou concordata), cabia aos credores se reunirem em assembleia para optar pelo caminho que lhes aprovesse para o recebimento de seus créditos⁴⁷.

2.1.3. A Idade Média e o surgimento do Direito Comercial: o Direito Falimentar como execução concursal do devedor comerciante e sua evolução

Com a queda do Império romano⁴⁸ houve o “fracionamento político do território europeu”⁴⁹. Devido às miseráveis condições econômicas da época, tomaram-se inúmeras providências legislativas assistencialistas para proteger os devedores. Fruto dessas medidas, a economia se fortaleceu novamente⁵⁰.

Na Idade Média, os produtores passaram a trabalhar em níveis que lhes permitissem gerar excedentes econômicos, o que aumentou a oferta de bens de consumo⁵¹.

Entre os produtores e os consumidores apareceram aqueles que integravam este novo sistema derivado da geração de excedente de produção, “os chamados comerciantes, que compravam dos produtores, garantindo para estes a venda de sua produção, e revendiam aos consumidores, permitindo a estes um conforto e uma variedade maior de ofertas”⁵².

⁴⁷ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

⁴⁸ Marcos Satanowsky aponta que a queda do Império romano representou um retrocesso para a civilização: “La caída del Imperio romano, la invasión de los bárbaros y el desmenuzamiento del mundo romano, fueron en su conjunto la señal de un sensible retroceso en la civilización y una universal disgregación social y política, debido a la disolución del Estado. Y la primera parte de la Edad Media, la era franca y feudal, fué también un retroceso y un largo embortamiento de la civilización.” (SATANOWSKY, Marcos. *Tratado de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1957, t. 1. p. 267).

⁴⁹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 50.

⁵⁰ VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 19.

⁵¹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 51.

⁵² *Ibidem*. p. 51.

As regras benéficas aos devedores e que serviram para recuperar a economia passaram a ser vistas pelos comerciantes como “fracas e piedosas”⁵³.

Para se defenderem contra os abusos dos poderosos “e talvez para os cometerem por sua vez, os comerciantes uniram-se até o número de mil, seguindo a tendência da época, em corporações distintas das outras classes sociais”⁵⁴.

Para se opor ao "fraco" e "piedoso" Direito comum, as corporações sentiram a necessidade de elaborar novos direitos - paralelamente ao estatal - que fossem mais adequados às necessidades de *segurança jurídica* do capitalismo da época que se desenvolvia com o comércio “assentes na liberdade de iniciativa e de concorrência num mercado livre”⁵⁵.

Dessa forma, nasce o Direito Comercial como fruto dos usos e dos costumes das corporações, através de sistema denominado de *Lex Mercatoria*⁵⁶. Esclarece Francesco Galgano:

A história da *lex mercatoria* é a história de um particular modo de criar direito, a história do 'particularismo' que tem caracterizado a regulação normativa das relações comerciais, tornando-a diferente da regulação normativa de qualquer outra espécie de relações sociais.

É, na origem, o *ius mercatorum* ou *lex mercatoria*, e isso não apenas porque regula a atividade dos *mercadores*, mas também e sobretudo porque regula o direito criado pelos *mercadores*, que nasce dos Estatutos das corporações mercantis, dos costumes mercantis, da jurisprudência da cúria dos mercantes.⁵⁷

O sistema de Direito Comercial criado pelos comerciantes era baseado nos princípios da boa-fé e da confiança. Não cumprir uma dívida dava fortes poderes aos credores, “pois o

⁵³ VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 19.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 19.

⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 08-09.

⁵⁶ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 51; Francesco Galgano reconhece na *Lex Mercatoria* a feição de um *ordenamento jurídico supranacional* (GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bolonha: Mulino, 2001. p. 14).

⁵⁷ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bolonha: Mulino, 2001. p. 09 - (Original: "La storia della *lex mercatoria* è la storia di un particolare modo di creare diritto, la storia del 'particularismo' che ha contraddistinto la regolazione normativa dei rapporti commerciali, rendendola diversa dalla regolazione normativa di ogni altra specie di rapporti sociali.

È, in origine, il *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, ed è tale non solo perché regola l'attività dei *mercatores*, ma anche e soprattutto perché regola è diritto creato dai *mercatores*, che nasce dagli statuti delle corporazioni mercantili, dalla consuetudine mercantile, dalla giurisprudenza della curia dei mercanti.")

não-cumprimento das promessas significava, no consenso cultural da época, uma afronta à boa-fé⁵⁸.

Assim, o Direito Comercial nasceu como uma separação do Direito Privado para atender às necessidades dos comerciantes. Nos últimos dois séculos, foi feito o movimento inverso, com a gradual aproximação dos Direitos Civil e Comercial⁵⁹.

O desenvolvimento da falência ocorreu primeiro na Itália, nas cidades de Veneza, Milão, Gênova e Florença, devido ao desenvolvimento mais avançado de seus comércios⁶⁰, baseando-se no *concursum creditorum* do Direito romano e submetendo aos seus efeitos tanto o devedor comerciante quanto o não comerciante⁶¹.

⁵⁸ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 51; RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. p. 10: “Ce droit, imposé par les besoins économiques, est avant tout *respectueux des conventions privées* et il est imprégné de la considération de la *bonne foi*.”

⁵⁹ RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. p. 07-11: Quanto ao movimento de unificação do Direito Privado, indaga “pourquoi une vente n’aurait-elle pas un statut unique, qu’elle soit passée par un commerçant ou un non commerçant? Les contrats utilisés dans la vie commerciale sont les mêmes que ceux qui sont passés dans la vie civile. Pourquoi seraient-ils soumis à des règles différentes quant à la preuve ou à la compétence?”. Responde o autor: “Appréciation critique – La thèse de l’unité du droit privé n’est acceptable que réserve faite des règles relatives à l’exercice de la profession de commerçant. Ces règles existent dans tous les pays, même dans ceux que n’ont pas de droit commercial proprement dit. Sous cette réserve, il faut reconnaître qu’il est difficile de justifier l’existence de règles juridiques spéciales aux contrats passés par un commerçant et plus encore à ceux que, passés par des non-commerçant, sont qualifiés actes de commerce... En réalité, il y a des actes juridiques que par leur *forme* ou leur *objet*, ont un caractère commercial; et certains *mécanismes juridiques* qui sont du domaine du droit commercial... Les règles relatives aux commerçants se rapportent à un droit professionnel encore en formation; les autres devraient être classés suivant leur nature.”

“Les nécessités du commerce ont imposé la modification de certaines règles du droit civil.”

“La plupart des institutions commerciales modernes (banques, sociétés, lettre de change, faillite), trouvent leur origine dans les règles et pratique du commerce qui étaient suivies au Moyen Age dans les grandes cités maritimes et surtout celles de l’Italie... Leurs corporations sont puissantes et édictent des règlements.”

“La municipalité ou corps de ville est la confédération des marchands de la cité. Les statuts de la ville contiennent des règles applicables aux hommes qui se livrent au commerce et à leurs opérations. Le commerce maritime devint très actif par la succession des croisades et les relations régulières établies avec l’Orient firent connaître le droit byzantin. Les hommes de tous pays faisant le commerce ensemble ne pouvaient songer à invoquer le droit de leur cité. Il se créa ainsi une sorte de droit coutumier.”

⁶⁰ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 17; Embora se aponte que o Direito Comercial floresceu antes na Itália, assinala-se que a França teve seu primeiro Tribunal do Comércio (jurisdição especial) instituído em 07/03/1294 (LYON CAEN, Ch; RENAULT, L. *Traité de Droit Commercial*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, t. I. p. 378).

⁶¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10; RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. p. 11: “Le droit romain n’est utile à connaître pour l’étude du droit commercial que par sa technique générale des contrats et des obligations. Cette technique a été utilisée par les juristes du Moyen Age. On s’est servi notamment dans le droit des faillites des procédés d’exécution sur les biens (*venditio bonorum*). Mais il n’y a pas de lien direct de filiation entre les règles du droit commercial et celles du droit romain.”

O comércio da época era desenvolvido sobre bancos ou balcões onde eram expostas as peças objeto de compra e venda. Contudo, por vezes, não era possível a um dos comerciantes solver todas as suas dívidas. O poder concedido por este novo Direito ao credor o permitia “quebrar o banco ou o balcão do comerciante que não solvia suas obrigações. Daí, a expressão italiana *banco rotto* – banco quebrado -, que deu em português, *bancarrotta*, em francês, *banqueroute*, e em inglês, *bankruptcy*”⁶². Posteriormente, os credores passaram a observar que os bancos e balcões quebrados poderiam ser utilizados para a satisfação, mesmo que parcial, de seus créditos, motivo pelo qual passaram a não mais destruir o estabelecimento do devedor para permitir a sua posterior venda e distribuição do produto aos credores⁶³.

Aos poucos, a falha no cumprimento das obrigações se afasta de sua vinculação à má-fé⁶⁴. O termo *decoctus* (dissipador, pessoa arruinada) atribuído ao devedor foi substituído por *fallitus/fallitor* (quem se enganou ou enganou aos que nele confiaram)⁶⁵. Num mundo de livre iniciativa então plenamente afirmada, “o risco econômico já era compreendido como um acontecimento normal da atividade, alcançável a todos, sem necessariamente significar a irresponsabilidade ou a má-fé”⁶⁶.

Como o limite de ação dos credores passa a alcançar tão-somente o patrimônio do devedor, com o qual seriam satisfeitos, os valores alcançados pela execução concursal deveria ser distribuído igualmente entre todos, o que se traduziu no princípio da *par conditio creditorum*⁶⁷.

Mesmo que se compreendesse a possibilidade de um eventual insucesso desprendido da má-fé, ainda assim a característica mais marcante das falências na época era a repressão penal contra os abusos cometidos pelo devedor:

A repressão penal é o traço característico do instituto falimentar nessa fase. Tanto na Itália, como na França ou na Inglaterra, as normas falimentares visavam a reprimir

⁶² AFONSO NETO, Augusto. *Princípios de Direito Falimentar*. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 18.

⁶³ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 53.

⁶⁵ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 07.

⁶⁶ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 54.

os abusos cometidos pelos devedores desonestos, sob o mesmo título com que se puniam os delinquentes comuns. A prisão do devedor insolvente, com aplicação de penas vexatórias e degradantes, era uma constante do direito da época. Pode-se imaginar a severidade dessa repressão, quando se lê numa lei inglesa de 1676 que os comissários da falência tinham poderes muito extensos, podendo se apoderar da pessoa do devedor, dispor de seus bens, submetê-lo ao pelourinho e condená-lo à ablação de uma das orelhas, se tivesse fraudulentamente subtraído bens de um valor superior a vinte libras.⁶⁸

São criados os Estatutos de Milão (1341), as compilações genovesas (1498 e 1589), o Estatuto de Florença (1415) e o “Statuti della Corte di Mercanzia” (1577). Da apreciação conjunta observa-se que: havia jurisdição falencial; declarada a falência o devedor perdia disponibilidade dos bens; a execução era geral e admitia todos os credores; créditos considerados insubsistentes eram punidos com as penas da falsidade e possível multa e quem reclamava mais que o devido perdia todo o crédito; havia classificação dos créditos; divisão *pro rata* conforme a graduação dos credores; “era admitida a concordata, sendo imposta ao Juiz a obrigação de ajudar o falido, quer proporcionando-lhe auxílio para evitar que o mesmo fugisse, quer intervindo junto aos credores relutantes, a fim de conseguir a aceitação da proposta baseada em condições equitativas” e “preponderava o voto da maioria”; somente se admitia ação ou exceção líquidas; alguns Estatutos previam a perda de benefícios e outros a perda da cidadania e o banimento da comuna para os que não pagavam, sendo extensivos os efeitos infamantes aos filhos e ao cônjuge⁶⁹.

No tocante à concordata, ao contrário do Direito romano em que restava “condicionada exclusivamente a uma decisão dos credores”, no período medieval passou a legitimar-se por um acordo entre credores e devedor, sendo que o nome do instituto deriva da “concordância dos interessados”⁷⁰.

Embora a Itália tenha dado os primeiros passos na criação do Direito Falimentar, não lhe foi possível a compilação e a unificação das legislações por ausência de centro político. Assim, coube à França, unidade monárquica sólida, elaborar as primeiras codificações⁷¹.

⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 11.

⁶⁹ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 18-19.

⁷⁰ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

⁷¹ VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 21-22.

2.1.4. A consolidação da legislação falimentar

A primeira legislação francesa encontra-se no Regulamento de Lyon de 02/06/1667. Antes havia apenas provimentos esparsos de caráter principalmente penal⁷². Tais provimentos eram, exemplificativamente, as Ordenanças de 1536 e 1560, a Declaração de 1570 e o Editto de Henrique IV de maio de 1609. Este último declarou nulas as vendas e doações de bens pelo falido a filhos, herdeiros ou amigos e os que participavam eram considerados cúmplices “para sujeitá-los à punição exemplar”⁷³.

Após, foi elaborada a Ordenança de 1673, a qual foi considerada a primeira forma do Código Comercial de 1807. Estabelecia a igualdade dos credores, a preponderância das decisões da maioria, mantendo a pena de morte para a falência fraudulenta. Não exigia julgamento declaratório da falência, nem retirava o falido da administração ou aludia ao período suspeito da falência (este restabelecido por declaração do Rei em 1702). Por essas razões, foi considerado insuficiente⁷⁴.

Napoleão interveio na discussão do Conselho de Estado quando da preparação do Código Comercial para “exigir que a declaração da falência determinasse, necessariamente, a prisão do falido e de sua mulher, reduzindo seus direitos aos simples alimentos”⁷⁵. Tal postura de Napoleão ocorre porque para ele “em toda falência existe um corpo de delito, visto que prejudica os credores. É possível que ele não tenha má intenção, embora isso seja raro: mas o falido se defenderá”⁷⁶. O Código foi promulgado em 22/09/1807 e embora com vícios e imperfeições “puede considerarse como el padre de los modernos códigos de comercio”⁷⁷. Têm-se os seguintes efeitos de leis posteriores: criar um novo instituto denominado liquidação judiciária com efeitos atenuados para o comerciante de boa-fé (Lei de 04/03/1889);

⁷² FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 19.

⁷³ *Ibidem*. p. 20.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 20.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 21.

⁷⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 12.

⁷⁷ SUPINO, David. *Derecho Mercantil*. Trad. Lorenzo Benito. Madri: La España Moderna, 1910. p. 27.

regulamentar melhor a concordata para caso de abandono de ativos (Lei de 17/07/1856)⁷⁸; regular a situação do locador dos imóveis arrendados pelo falido (Lei de 12/02/1872)⁷⁹.

O texto do Código Comercial francês foi usado em diversos Estados da Itália até 1815 (Piemonte, Liguria, Reino da Itália, Reino de Nápoles, Toscana e Estados Pontifícios) quando cessou o domínio da França (menos em Toscana e Parma). Nos outros Estados foi revigorado o antigo sistema romano do *decoctus*⁸⁰.

Em Piemonte foi criado em 1842 o Código Albertino, delineado com base no francês e transferido para as outras províncias da Itália entre 1859 e 1860⁸¹.

Com a unificação italiana, também surgiu a unificação legislativa com o Código Comercial de 25/06/1865, modelado por Albertino. Com evolução "nada notável", em 1869 foi nomeada uma comissão para estudar a sua reforma. Assim, foi criado o novo Código de 1882 (que introduziu a moratória). Em 1894 foi criada nova comissão para a reforma do diploma legal. A parte do Código Comercial que se referia às falências foi modificada pela Lei de 24/05/1903 que instituiu a concordata no lugar da moratória e estabeleceu disciplina para as pequenas falências. Após, com o Decreto de 16/03/1942, o Direito Falimentar passou a constituir disciplina especial⁸².

Na Alemanha não havia sistema organizado de falência até o século XVI. A execução recaía sobre a pessoa do devedor e havia rigor comparável ao início do Império romano, o que somente foi modificado em 1564 com o *ius lubecense* e a reforma de Nurembergue. Até 1877 cada Estado alemão tinha o seu direito falencial “com a preponderância da determinação judicial e o sacrifício da autonomia dos credores”⁸³. A lei de 1877 tornou-se extensiva a todo o Império e não fazia distinção entre civil e comerciante para

⁷⁸ Sobre a concordata por abandono de ativos em LYON CAEN, Ch. *Traité théorique et pratique des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de jurisprudence, 1936, t. II. p. 81: “Le concordat par abandon est voté, comme le concordat simple, dans l’assemblée des créanciers que est convoquée après la fin de la procédure de vérification et d’affirmation des créances, pour se prononcer sur la solution à donner à la faillite.”

⁷⁹ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 21.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 22.

⁸¹ *Ibidem*. p. 22.

⁸² *Ibidem*. p. 23-24.

⁸³ *Ibidem*. p. 24-26.

ser sujeito à falência⁸⁴. Posteriormente foi publicada a lei falimentar de 05/10/1994 trazendo como principal novidade a criação do “procedimento falimentar do consumidor” com a finalidade de racionalizar os custos da falência e a otimização dos ativos para pagamento aos credores⁸⁵.

Na Inglaterra, o primeiro regramento falencial data de 1542, “consagrando disposições severas para os devedores fraudulentos”, época em que surgiu um aglomerado de leis sucessivas (statute law), sem clareza e acessibilidade para a pesquisa histórica. Em 1861 perdeu-se a distinção entre comerciante e não comerciante⁸⁶.

Nos EUA há três leis sucessivas datadas de 04/04/1800, 19/08/1841 e 02/03/1867⁸⁷. Após, houve a promulgação, em 01/07/1898, do Bankruptcy Act, o qual, em síntese, basicamente, previa a liquidação da empresa.

Os institutos da falência e da concordata se mostraram insuficientes para atender os vultosos interesses das grandes empresas modernas. Ocorre que vivemos “em pleno terceiro estágio, no qual a falência passa a se preocupar com a permanência da empresa e não apenas com sua liquidação judicial”⁸⁸.

Ensina Luiz Inácio Vigil Neto:

Já anteriormente consolidado na União Soviética através do governo marxista-leninista, em processo inicial na Alemanha e na Itália, através do nacionalismo radical nazista e fascista, e nos Estados Unidos da América a partir do New Deal, o intervencionismo do Estado na Economia, absoluto nos três primeiros modelos e coadjuvante no último, começou a ser visto como elemento essencial ao crescimento econômico das nações.

A recessão que afetava a economia norte-americana implicava o fechamento de postos de trabalho. O fechamento de postos de trabalho implicava o desemprego. O desemprego implicava perda de renda. A perda de renda implicava a diminuição da capacidade de consumo. A diminuição da capacidade de consumo implicava a diminuição da demanda. A diminuição da demanda implicava a retração da capacidade produtiva. A retração da capacidade produtiva implicava o fechamento de postos de trabalho. O fechamento de postos de trabalho implicava em mais desemprego e a espiral recessiva não parava de crescer, ao ponto de afetar a solvência das empresas com uma crise epidêmica da economia do país.

⁸⁴ Ibidem. p. 24-26.

⁸⁵ ASHTON, Peter Walter. A nova Lei Falimentar alemã. *Direito & Justiça*, n.º 31. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 143-144.

⁸⁶ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 31-32.

⁸⁷ Ibidem. p. 33.

⁸⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 12.

[omissis]

Estando as empresas diante de uma crise conjuntural, talvez o caminho a trilhar não fosse tão-somente a busca de um projeto apenas macroeconômico. Talvez o Direito pudesse também contribuir com o processo de recuperação da atividade econômica.⁸⁹

Rubens Requião endossa as palavras de Fábio Konder Comparato para afirmar que a falência se afastou nos direitos americano e francês de seu “processualismo ingênuo”⁹⁰. Por isso em 1938 o Chandler Act introduziu a recuperação de empresas – reorganization – no Direito norte americano⁹¹. Por esse instituto, busca-se a reorganização da empresa, e não mais a mera concordata. Trata-se de instrumento “inspirado em elevados propósitos sócio-econômicos, pois a insolvência da grande empresa – e se aplica apenas às sociedades anônimas -, pode afetar a estabilidade econômica da região em que opera”. Ainda, a administração da sociedade, por esse mecanismo é transferida em *trust* a um síndico como mecanismo complementar⁹². Após, os mecanismos de preservação da empresa foram mantidos no Bankruptcy Code de 1979⁹³.

Muitas legislações, como a germânica e a portuguesa, permitiram que o credor que fosse mais “afrito” ou “diligente” e procedesse à penhora antes dos demais adquiria direito real e tinha preferência no pagamento. Mas foi com a Ordenança francesa de 1673 que se fez preponderar o princípio de igualdade entre todos os credores (*par conditio creditorum*)⁹⁴.

Segundo Bento de Faria, as legislações modernas podem ser divididas em três grupos: latino ou francês; germânico; anglo-saxão. No primeiro grupo⁹⁵, se ajustam as falências que não sujeitam o devedor não comerciante à sua incidência e se orientam pela permanência das incapacidades do falido ou restrições de certos direitos até a sua reabilitação.

⁸⁹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56-57.

⁹⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 13.

⁹¹ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57.

⁹² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 13.

⁹³ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57.

⁹⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 11.

⁹⁵ À época, Bento de Faria incluiu nesta classificação Portugal, Bélgica, Bulgária, Rumania, Espanha (que teria particularidades do sistema germânico), México, Argentina, Egito, Grécia, Chile e Japão.

O segundo grupo⁹⁶ caracteriza-se pela aplicação extensiva do concurso a quaisquer devedores, comerciantes ou não, “salvo certas limitações quanto a êstes últimos, fazendo cessar as incapacidades dêes que seja encerrado o processo”. O terceiro grupo⁹⁷ “torna extensiva à falência aos não comerciantes, assegura à autoridade pública poderes especiais de vigilância, facilitando a cessação das interdições do devedor e permitindo sua libertação, embora contra a vontade dos credores”⁹⁸.

Diferença substancial entre os regimes falimentares se verifica quanto à extensão do instituto aos não comerciantes – atualmente denominados empresários. Para Bento de Faria, “a tendência do direito moderno é, realmente, para tornar extensiva a falência aos devedores não comerciantes unificando assim o processo do concurso de credores”. Registre-se que estabelecer um único regime para a liquidação dos débitos não importa, necessariamente em sujeitar o não comerciante ao mesmo regime de falência e seus efeitos⁹⁹.

2.2. O Direito Falimentar e a assembleia de credores no Brasil: antecedentes legislativos da Lei n.º 11.101/2005

Adiante serão abordadas as legislações falimentares que se desenvolveram no Brasil até a publicação da Lei n.º 11.101/2005.

2.2.1. As Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas

Quando o Brasil foi descoberto, vigoravam as Ordenações Afonsinas de 1446, as quais adotavam o *concursum creditorum* do Direito romano. Admitia-se a cessão dos bens,

⁹⁶ À época, Bento de Faria incluiu nesta classificação Áustria, Hungria, Rússia, Holanda, Noruega, Suécia, Dinamarca e Suíça.

⁹⁷ À época, Bento de Faria incluiu nesta classificação Inglaterra e EUA.

⁹⁸ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 27-33.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 33-34.

bem como se autorizava a concessão de prazo de quarenta dias ao devedor para que apresentasse amigo ou parente que se responsabilizasse pelas dívidas¹⁰⁰.

Em 1521 entraram em vigor as Ordenações Manoelinas, conservando “os mesmos princípios e sistemática do Afonsino”¹⁰¹. De uma forma geral, dava-se prioridade ao crédito do primeiro exequente. Caso o devedor não efetuasse o pagamento, deveria ser preso até o adimplemento de seus débitos¹⁰².

Em 1603 entraram em vigor as Ordenações Filipinas, tendo maior influência no Brasil em razão do florescimento da Colônia.

Essa legislação seguiu a tradição das Ordenações que lhe antecederam, impondo a prisão ao devedor até o pagamento integral de seus débitos¹⁰³. Mercadores e cambistas que fugissem com mercadorias alheias ou dinheiro que tomassem a câmbio ou escondessem seriam “havidos por públicos ladrões e roubadores e como tais castigados, com as penas que a êste eram aplicadas e perdessem a nobreza e liberdade de que gozavam”. Não sendo possível aplicar a pena de morte ou açoite, conforme malícia ou engano do devedor, deveria o mesmo ser degredado para as galés e proibido de exercer a profissão. Não era dado direito de quitação ou moratória e credores poderiam executar os bens que viessem a ser adquiridos. Sabendo que algum mercador fugiu sem pagar os credores, se deveria ir à sua casa à procura da “verdade”, do Livro Razão, bem como seriam arrolados os bens e anotados os credores, procurando saber a causa da quebra¹⁰⁴.

Durante a vigência das Ordenações Filipinas foram introduzidas as seguintes modificações: o Alvará de 13/11/1756 estabeleceu melhor e mais precisas regras de falência e estabeleceu a admissibilidade dos créditos por salários e soldadas; o Alvará de 01/09/1757 determinou que se separasse 10% do ativo ao falido de boa-fé; o Alvará de 17/05/1750 autoriza a incidência de juros nas falências; o Alvará de 30/05/1759 determina que se apurem os procedimentos do falido para verificar se há boa-fé; o Alvará de 12/03/1760 esclarece que

¹⁰⁰ AFONSO NETO, Augusto. *Princípios de Direito Falimentar*. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 44-45.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 45.

¹⁰² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15-16.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 16.

¹⁰⁴ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 35-36.

os 10% do ativo somente seriam concedidos ao falido que se apresentasse à Junta de Comércio e fosse reputado de boa-fé, bem como exibisse os livros escriturados com clareza e mais aqueles que principiaram os seus negócios e, por fim, o Alvará de 29/03/1770 determina que os processos que envolviam o falido competiam privativamente à Junta do Comércio¹⁰⁵.

Em razão do Alvará de 18/08/1769 - Lei da Boa Razão -, e da Lei de 30/10/1823, permitiu-se a aplicação subsidiária das leis das nações civilizadas, com incidência preferencial do Código Comercial francês de 1807¹⁰⁶.

2.2.2. A Lei n.º 556/1850 (Código Comercial)

Somente em 26/06/1850 foi editado o primeiro Código Comercial no Brasil¹⁰⁷, o qual regulou o Direito Falimentar no título terceiro e representou um marco no Direito Comercial brasileiro¹⁰⁸. O referido diploma legal seguiu a tradição do Código Napoleônico, tendo como norte do instituto a apuração criminal:

A esse Codigo se filia o nosso Codigo Commercial de 1850. Por elle o interesse principal da fallencia estava na apuração da responsabilidade criminal do fallido. Só depois de ultimada a instrucção do processo da quebra e qualificada a fallencia, é que se podia iniciar o processo da liquidação da massa (art. 842).

Sobre esta preocupação exagerada dedicada ao aspecto penal do instituto falimentar, Augusto Afonso Neto traça crítica apontando que o referido diploma legal exigia o término da “avaliação criminal” para permitir o pagamento do passivo, enquanto que as medidas deveriam ser independentes e simultâneas¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 36-37.

¹⁰⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 21.

¹⁰⁷ Lei n.º 556 regulada pelo Decreto nº 738 de 25/11/1850 e posteriormente modificado pelo Decreto n.º 1597 de 01/05/1855.

¹⁰⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000. p. 111.

¹⁰⁹ AFONSO NETO, Augusto. *Princípios de Direito Falimentar*. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 53; Para Fábio Konder Comparato, o legislador alcançou "a proeza de ser inconveniente para tôdas as partes: 'vexatório para o falido e ruinoso para os credores'" (COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970. p. 98).

A falência poderia ser requerida pelo credor e até ser declarada *ex officio* quando o estado de insolvência fosse notório¹¹⁰.

Embora a concordata já existisse no Direito romano, no Brasil o instituto somente foi introduzido com o Código Comercial de 1850, “servindo de modelos os códigos, francês, espanhol e português”¹¹¹. Inicialmente, apenas a concordata suspensiva da falência encontrava-se prevista no art. 797, pela qual os credores eram reunidos em duas oportunidades, sendo a primeira para receber um relatório do juiz sobre o estado e as causas da falência, bem como a lista de credores. Na segunda, os credores deliberavam sobre a concordata, a qual era inadmissível em caso de culpa, fraude ou anterior concessão do benefício¹¹². Para a concessão da concordata exigiam-se requisitos especiais, os quais deveriam ser atendidos, sob pena de decretação da falência. Com o famoso caso do Visconde de Mauá, logo se percebeu a inaptidão da norma, o que obrigou à sua posterior modificação:

Para ser válida a concordata, o art. 847, alínea terceira, exigia que fosse concedida por credores que representassem pelo menos a maioria em número, independentemente de seu comparecimento à assembleia, e dois terços do valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata. Esse preceito tornou-se famoso, pois impediu que o Visconde de Mauá – exemplo edificante do espírito empresarial dos brasileiros – obtivesse concordata de seus credores. Tendo sofrido grande infortúnio em seus negócios, o que levou à falência seu poderoso império econômico – não pôde reunir na assembleia os 3.000 credores dispersos pelo mundo a fora, tornando-se impossível conseqüentemente sua concordata. Esse acontecimento levou-o a representar ao Parlamento, em 1879, expondo a iniquidade do preceito legal. Precipitou-se, então, o movimento de revisão da Terceira Parte do Código, resultando na Lei n.º 3.065, de 1882. Para a concessão da concordata exigia-se, daí por diante, a maioria dos credores que comparecessem à assembleia, tornando então exequível a concordata por abandono.¹¹³

A partir do inusitado caso do Visconde de Mauá, foi elaborada a Lei n.º 3.065 de 06/05/1882, a qual modificou o critério de formação da maioria para fins de aprovação da concordata, bem como instituiu a concordata por abandono de bens¹¹⁴ e a concordata preventiva¹¹⁵.

¹¹⁰ AFONSO NETO, Augusto. *Princípios de Direito Falimentar*. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 49.

¹¹¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ariel, 1934, vol. III. p. 12.

¹¹² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 21-22.

¹¹³ *Ibidem*. p. 22.

¹¹⁴ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 38 - COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Código Commercial do Brazil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1896. p. 454: Salustiano aponta que "O ilustrado Conselheiro Nabuco, ministro da justiça em

Salustiano Orlando Costa ressalva que a ausência de previsão da concordata por abandono não significa a impossibilidade de sua aplicação, na medida em que "suas disposições não a repellem, uma vez que seu processo se harmoniza com o que está regulado". Complementa, ainda, afirmando: "convenham os credores e o fallido, porque não poderá ou deverá o juiz homologal-a?"¹¹⁶. E por isso estaria sendo "admittido na pratica de alguns juizos"¹¹⁷.

O art. 898 do Código Comercial previa a possibilidade de se conceder moratória ao devedor, o que seria deferido pelo magistrado e sem a necessidade de anuência dos credores¹¹⁸.

Constatou-se a impotência do sistema falimentar para impedir fraudes e, com a quebra da Casa Bancária Vieira Souto em 1864, ocasionando crise no Rio de Janeiro, o sistema foi alvo de severas críticas. Para regular o caso, foi editado o Decreto n.º 3.309 de 20/09/1864, logo em seguida revogado pelo Decreto n.º 3.516 de 30/09/1865, por ter cessado a razão de sua existência. Nascia no Direito brasileiro a liquidação especial forçada dos estabelecimentos bancários¹¹⁹.

Não se admitia concordata de sociedades anônimas falidas, "porque não ha fallido, visto seus gerentes, directores ou administradores servirem na qualidade de mandatarios (...) e estes pelo preceito do art. 145 não podem offerrecel-a ou alguem por elles, tendo-se findado o mandato pela circumstancia da fallencia da sociedade"¹²⁰.

1866, apresentando ao parlamento um projecto de reforma de lei sobre fallencia, suggerio a *concordata por abandono* da lei franceza, de 17 de Julho de 1856, esta providencia traria bons resultados. Como nosso parlamento não se occupa dessas questões de interesse real, porque a politica absorve improductivamente tudo neste paiz, deixou este projecto de ser discutido e convertido em lei. É pena que não se aproveitassem as idéas de um tão laborioso quão exímio jurisconsulto, que excita a admiração de todos os que o ouvem e lêem."

¹¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23.

¹¹⁶ COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Codigo Commercial do Brazil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1896. p. 454.

¹¹⁷ *Ibidem*. p. 455.

¹¹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 22-23.

¹²⁰ COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Codigo Commercial do Brazil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1896. p. 462.

Em poucos anos “tornaram-se patentes lacunas e imperfeições” do Código Comercial de 1850. A Lei era "desastrosa" para os credores, um dos aspectos que justificou a alteração da mesma¹²¹:

A reforma tornava-se necessária, bastando para demonstrá-lo êste trecho da justificação do Projeto apresentado pelo Ministro da Justiça, Cons. Nabuco de Araujo: ‘O nosso processo das falências, lento, complicado, dispendioso, importa sempre na ruína do falido e no sacrifício do credor.

Uma dolorosa experiência tem demonstrado que os credores, apenas das fraudes de que são vítimas, descoroçados do resultado, abstêm-se dêsses processos eternos, e querem antes aceitar concordatas as mais ruinosas e ridículas’¹²²

Salustiano Costa afirma que "o processo actual das quebras é o maior mal para os proprios interesses que teve em vista proteger"¹²³. A formatação da falência seria, portanto, "a ruína do fallido, o prejuizo dos credores, e por consequencia, a desmoralisação do nosso commercio"¹²⁴.

Em 1890 o Código Comercial foi parcialmente revogado na parte que tratava de falências e concordatas - título terceiro - para ceder lugar a novas legislações que regularam a matéria.

2.2.3. O Decreto n.º 917/1890

Em razão das substanciais mudanças políticas ocorridas com a proclamação da República, foi ordenada a elaboração de nova legislação para o Direito Falimentar, a qual foi criada em apenas 14 dias¹²⁵, culminando na publicação do Decreto n.º 917 em 24/10/1890.

¹²¹ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 38.

¹²² Ibidem. p. 38.

¹²³ COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Codigo Commercial do Brazil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1896. p. 398.

¹²⁴ Ibidem. p. 397.

¹²⁵ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 39: “O próprio Cons Carlos de Carvalho isso mesmo, lealmente, declarou nestes termos: ‘O Dec. n.º 917, de 24 de Outubro de 1890, pode ter, como tem, muitos defeitos, tal a precipitação com que foi elaborado. Em quatorze dias não era possível produzir-se melhor.

Aos Tribunais e aos juriconsultos cumpre, nos pontos duvidosos ou irritantes, executá-lo de modo a fazê-lo produzir tudo quanto de bom encerra.

Segundo Octavio Mendes “é extraordinario e incrível que em tão curto espaço de tempo pudesse ser redigida uma peça tão importante e que tão funda revolução veio fazer em nosso Direito Commercial”. O diploma legal muda o critério para a decretação da falência, passando da insolvabilidade para a impontualidade no pagamento. O exame da impontualidade era feito com o uso dos livros contábeis, o que gerava grande embaraço em razão da demora do devedor em atender à ordem de exibição dos documentos necessários à prova da dívida e, por conseguinte, alongando as falências. Com o encilhamento de 1891¹²⁶ “imaginem-se o sem numero de fallencias e cessões de bens fraudulentas, que se processaram á sombra do novo Decreto, acabando por o desmoralisar completamente”. Permitia a cessão de bens para a quitação das dívidas, necessitando apenas a boa-fé aferida pelo juiz e o parecer favorável de uma comissão de sindicância, com o que “deram o mais deploravel resultado, vendo-se muitas vezes um devedor fraudulento conseguir plena quitação pela entrega a seus credores de um estabelecimento commercial inteiramente delapidado”¹²⁷.

Embora Rubens Requião assinale que o Decreto n.º 917 tenha surgido com o propósito de moralizar as falências, trazendo “um passo à frente na modernização do instituto falimentar”¹²⁸, para Augusto Afonso Neto “foi sobretudo pela prodigalidade de meios facultados ao devedor para obstar a decretação da falência (cessão de bens, moratória, acôrdo extrajudicial e concordata preventiva) que o Decreto n.º 917 propiciou maiores fraudes e abusos”¹²⁹.

Se um artigo, ou uma disposição, aparentemente, áspera se presta a uma interpretação que respeite os institutos da reforma – conciliar os interêsses dos credores e dos devedores – não há motivo para deixar de proclamá-la e de manter na reforma sua feição característica.”

¹²⁶ Evento histórico promovido no governo de Deodoro da Fonseca pelas mãos do Ministro da Fazenda Rui Barbosa para o fim de estimular a industrialização do Brasil.

¹²⁷ MENDES, Octavio. *Fallencias e concordatas*. São Paulo: Saraiva, 1930. p. 05-06.

¹²⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23.

¹²⁹ AFONSO NETO, Augusto. *Princípios de Direito Falimentar*. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 56.

2.2.4. A Lei n.º 859/1902

Após 12 anos, em razão de “clamores das associações comerciais, e da imprensa”¹³⁰, foi publicada a Lei n.º 859 de 16/08/1902¹³¹, sobre a qual se depositou enorme confiança, visto que visava a impedir conluíus entre credores e devedor.

A principal inovação da Lei n.º 859/1902 para impedir conluíus era a nomeação de síndicos constantes em listas organizadas pelas Juntas Comerciais¹³², entre “comerciantes de fama ilibada, notadamente abonados e que conhecessem os negócios”¹³³. A regra era adotada por legislações falimentares importantes à época, como o Código Comercial italiano de 1882:

El síndico es nombrado provisionalmente por el Tribunal en la sentencia declarativa de la quiebra; debe elegir-se entre las personas extrañas á la masa de los acreedores que no sean parientes ó afines del quebrado hasta el cuarto grado inclusive, y se encuentren incluídos, á ser posible, en la lista correspondiente formada por la Cámara de comercio (arts. 714-716). El síndico provisional se convierte en definitivo por decreto de Tribunal, después de oídos á este propósito los acreedores en la primera junta que celebren fijada en la sentencia declarativa.¹³⁴

Trajano de Miranda Valverde menciona que a “tendência atual é para afastar os credôres da administração do patrimônio do falido” porque “além de lhes faltar comumente a necessária competência, motivam, não raro, frequentes conflitos de interesses”¹³⁵.

Mesmo que se pudesse considerar avançada ou difundida a regra que previa a nomeação de síndicos por listas, a mesma não foi bem aceita à época¹³⁶. O trecho que segue esclarece a opinião majoritária sobre a “moralizante” lei falimentar:

Contradições, absurdos, portas-abertas à mais deslavada fraude, escreve Carvalho de Mendonça, encontravam-se em abundância nessa obra, apresentada a salvação do comércio honesto!!
Mutilou-se sem critério o Dec. n.º 917 de 1890.

¹³⁰ VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1922, vol. I. p. 42.

¹³¹ Regulada pelo Decreto n.º 4885 de 02/06/1903.

¹³² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23.

¹³³ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. XV. p. 04.

¹³⁴ SUPINO, David. *Derecho Mercantil*. Trad. Lorenzo Benito. Madri: La España Moderna, 1910. p. 554.

¹³⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ariel, 1932, vol. II. p. 32.

¹³⁶ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. XV. p. 05.

A idéia de síndicos nomeados pelas Juntas Comerciais deu na prática funestos efeitos: sacrificou a reforma.

Os quarenta síndicos do Distrito Federal foram alcunhados de – Ali-Babás – alusão ao conhecido conto – Ali Babá ou os quarenta ladrões.¹³⁷

Octavio Mendes fez coro às duras críticas formuladas contra a Lei nº 859 de 16/08/1902 e apontou que, embora tenha se extinguido a cessão de bens para quitar as dívidas do devedor, em compensação, surgiram outros problemas:

novos males surgiram, sendo o principal delles o resultado da nomeação dos syndicos, que em vez de recahir sobre credores, como credores, como determinava o Decreto 917, só podia recahir sobre os membros de uma lista especialmente para esse fim organizada pelas Juntas Commerciaes.

Creou, assim, a lei n. 859 uma nova classe de empregos, qual era o de ‘syndicos da fallencia’. Podendo as Juntas Commerciaes organizar a lista de ‘papaveis para syndicos’, com os nomes que bem lhes approuvessem, e podendo os juizes nomear syndicos a qualquer dessa lista, imaginem-se os resultados que deu uma tal innovação. Mais de uma vez se viu uma fallencia importantíssima confiada á syndicancia de um individuo sem idoneidade alguma, moral ou material, o qual só servia para ajudar o fallido a delapidar a massa e forçar os credores a acceitarem uma concordata irrisoria.¹³⁸

Além das duras críticas já citadas, Fábio Konder Comparato esclarece que com a Lei n.º 859 "as concordatas tornaram-se impraticáveis"¹³⁹.

Tamanho foi o alvoroço provocado em desfavor da Lei nº 859 que “não haviam decorridos dois annos da promulgação desta lei, quando o Congresso Nacional já se resolvia a decretar uma nova lei de fallencias”¹⁴⁰.

2.2.5. A Lei n.º 2.024/1908

Após seis anos de vigência da Lei n.º 859/1902, com a finalidade de impedir as “fraudes e procrastinações”, Carvalho de Mendonça elaborou a Lei n.º 2.024, publicada em 17/12/1908¹⁴¹.

¹³⁷ VALVERDE, Trajano de Miranda *apud* FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 40.

¹³⁸ MENDES, Octavio. *Fallencias e concordatas*. São Paulo: Saraiva, 1930. p. 07.

¹³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970. p. 98.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 08.

¹⁴¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23.

A Lei 2.024/1908 resgatou parte do modelo criado pelo Decreto n.º 917/1890 e foi considerada à altura das legislações de países mais desenvolvidos¹⁴².

Em síntese, a Lei n.º 2.024/1908 permitiu regime de fiscalização mais rigoroso, a ponto de que “com um syndico consciencioso e um juiz inteligente e honesto, nenhum credito phantastico conseguirá escapar ás malhas da verificação judicial”. A assembleia de credores deveria ser designada pelo juiz, indicando-se previamente dia, hora e lugar para que ocorresse. As novas disposições visavam a permitir maior garantia ao direito dos credores e foi introduzido o sistema de depósitos judiciais, tudo com a finalidade de oferecer maior *transparência* ao processo e à liquidação da massa falida¹⁴³.

Na opinião de Octavio Mendes, a Lei n.º 2.024/1908 “é excellente, mas para produzir todos os bons resultados de que ella é capaz, exige syndicos e liquidatarios conscienciosos, e um juiz honesto, inteligente e illustrado. Infelizmente, são qualidades que nom sempre se encontram nessas pessoas”¹⁴⁴.

2.2.6. A Lei n.º 5.746/1929

Em 09/12/1929 foi editada a Lei n.º 5.746, a qual reformava a Lei n.º 2.024/1908¹⁴⁵. Na extensão das modificações, o Relator do Projeto de Lei aponta que se limitava a “aperfeiçoar o mecanismo” nos pontos em que o “aparelho” mostrou não funcionar com precisão¹⁴⁶.

¹⁴² FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 40.

¹⁴³ MENDES, Octavio. *Falências e concordatas*. São Paulo: Saraiva, 1930. p. 09.

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 09.

¹⁴⁵ FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 41.

¹⁴⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 24; FARIA, Bento de. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1. p. 41-42: “É que, elaborada a lei n.º 5.746, para atender à imposição de diversas circunstâncias fluentes na época de sua promulgação, circunscreveu-se ela à solução de problemas de pormenor, respeitada a estruturação de princípios estabelecida pela lei n.º 2.024.

[omissis]

Além disso, concurso de credores e de créditos, a falência promove a concentração de tôdas as relações econômicas do devedor.

2.2.7. O Decreto-Lei n.º 7.661/1945

Em razão de nova insatisfação com o regime falimentar vigente, em 21/06/1945 foi publicado o Decreto-Lei n.º 7.661. Entre as principais modificações trazidas, foram reforçados os poderes do magistrado, diminuiu-se a influência dos credores, abolindo-se a assembleia de credores para a aprovação da concordata, razão pela qual esta deixou de ser um contrato para tornar-se um benefício concedido pelo Estado¹⁴⁷.

A mudança principal introduzida pelo Decreto-Lei estava no fato de que a concordata era concedida ou não pelo juiz, em vez de ocorrer o tradicional consenso de credores. Ao passo que as leis anteriores tinham “inspiração privatística” e conferiam maior predominância ao interesse dos credores, a nova lei considerou mais apto o “impulso oficial” “para a tutela do próprio interêsse comum dos credores, elevado ao plano de interêsse público”¹⁴⁸.

Trajano de Miranda Valverde, autor do projeto original do Decreto-Lei 7.661/1945, escreveu em seus comentários sua opinião em relação à assembleia de credores e à necessidade de afastá-la da concordata:

Por manifesto desinterêsse dos credores pelo órgão que, segundo o antigo regime legal, devia atuar na defesa dos direitos dêles, a assembléia dos credores sempre funcionou mal, desempenhando no processo de falência um papel secundário. A lei vigente nulificou-a, pode dizer-se.¹⁴⁹

A lei que a regula, deve ter consonância com os fatos econômicos segundo se apresentam no mundo dos negócios.

A evolução rápida e contínua daqueles fatos acelerou as causas determinantes da revisão da lei, para manter-se satisfatório sincronismo com a realidade.

E no Brasil, quatro décadas de vigência constituem longevidade bastante para uma lei de falências.”

¹⁴⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 24.

¹⁴⁸ AFONSO NETO, Augusto. *Princípios de Direito Falimentar*. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 59-60 - FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. XV. p. 266: “Rompendo com o regime geral da concordata, mantido por leis estrangeiras recentes, como a italiana de 1942, segundo a qual a concordata se reputa aprovada pelo consenso de credores com direito de voto, que representem ao menos dois terços da soma dos créditos; e como a francesa de 1955, pela qual a concordata não se celebrará senão mediante o concurso da maioria em número de credores admitidos definitiva ou provisoriamente e que representem dois terços do total dos créditos – o Decreto-lei nº 7.661, criou a concordata sem acôrdo do falido com os credores, com o mesmo nome tradicional, mas esvaziado de sentido.”

¹⁴⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. III. p. 35.

No mesmo sentido, constou na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 7.661/1945:

Segundo o conceito clássico, a formação da concordata depende da livre manifestação da vontade dos credores, através do quorum de votação, reservando-se ao juiz, simplesmente, a homologação do acôrdo com o devedor.

A lei cogita apenas das condições em que a deliberação da maioria obriga a minoria. O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar.

A preponderância da maioria nas deliberações coletivas sòmente se legitima quando tôdas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em visto o interêsse comum que as congregou.

Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sob a pressão do seu interêsse individual, deturpando o sentido coletivo da deliberação, e, pois, tornando ilegítima a sujeição da minoria.

E a verdade é que, na vigência dêsse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia, através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar.

Atendendo a essas ponderações o projeto consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a êstes, o exame e discussão das condições do pedido do devedor em face das exigências da lei.

Desgastada pela nova realidade econômica, social e política, foi constituída comissão para rever a lei de falências. Foi aprovada a emergencial reforma convertida na Lei n.º 7.274 de 10/12/1984. Em seguida, foi publicado o Decreto-Lei n.º 2.279/1985 para corrigir graves “equivocos” de redação¹⁵⁰.

O Decreto-Lei n.º 7.661/1945 nasceu assincrônico, motivo de seu insucesso, pelas seis razões que seguem:

1ª Não pôde ele refletir, em razão da época em que veio a lume, as conseqüências sócio-econômicas que o segundo conflito mundial provocou nas diversas economias do mundo;

2ª Dirigiu-se fundamentalmente para o comerciante individual, descurando, quase completamente, da importância da empresa, enquanto atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens e serviços;

3ª Não fez, pelo mesmo motivo do momento histórico em que foi editado, a necessária distinção entre *empresário* e *empresa*. Estabelecendo um esquema repressivo em relação ao primeiro, trouxe conseqüências desastrosas para a segunda, enquanto instituição social com múltiplos interesses a serem preservados. As disposições constantes dos arts. 140, inciso III e 111 do texto legal são suficientes para demonstrar, por si sós, a evidência de tal assertiva;

4ª Voltou-se, excessivamente, para regular a situação obrigacional entre devedores e credores, exacerbando-se num processualismo tal que os formalismos estéreis e inconseqüentes culminaram por obnubilar quase que inteiramente a realidade econômica, de sorte que o próprio fim da lei - realização do direito dos credores - não logrou ser atingido;

5ª Subsistiu, na Lei Falimentar brasileira, em conseqüência das concepções anteriores, uma finalidade *liquidatório-solutória* que é indissfarçável e que só deveria existir nos casos de completa inviabilidade da atividade empresarial. Exemplo: o

¹⁵⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 24-25.

sistema de *impontualidade* e não o da *insolvência* (v. art. 1º e art. 11, §2º). A jurisprudência afirmara, inocuamente, que o processo falimentar não se constitui em *meio de cobrança*, mas é assim que tem sido;

6ª Subsistiram, igualmente, excessivos privilégios estabelecidos em favor do fisco, de tal sorte que nem mesmo os credores com garantia real sentem-se seguros no momento de concordar com a concessão do crédito.¹⁵¹

Conforme Newton de Lucca, o Direito Falimentar foi influenciado por uma índole processual da falência pregada em outros tempos por Salvatore Satta. No entanto, convenceu-se "de que outros caminhos deveriam ser percorridos para o correto entendimento do instituto da falência, passando pelos seus fundamentos econômico-sociais e pela organização da sociedade em que o mesmo se insere. Era necessário, portanto, retomar os movimentos do conceito de empresa"¹⁵².

Em 09/02/2005, foi publicada a Lei n.º 11.101/2005, que modificou a falência e a antiga concordata - ora denominada de recuperação judicial - cuja análise fica relegada aos capítulos posteriores.

¹⁵¹ DE LUCCA, Newton in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 24-25.

¹⁵² Ibidem. p. 23: "A referida doutrina brasileira foi muito influenciada pela visão de Salvatore Satta, um dos doutrinadores máximos da índole processual da falência na Itália. No prefácio de sua famosa obra *Diritto Fallimentare*, entretanto, esse ilustre autor iria revelar, mais tarde, que aquela concepção rigidamente processualista da falência - que, antes, com tanto ardor, houvera defendido - foi-lhe parecendo, com o tempo, não correspondente à realidade.

Convenceu-se o grande jurista peninsular de que outros caminhos deveriam ser percorridos para o correto entendimento do instituto da falência, passando pelos seus fundamentos econômico-sociais e pela organização da sociedade em que o mesmo se insere. Era necessário, portanto, retomar os movimentos do conceito de empresa."

3. PANORAMA DA LEI N.º 11.101/2005

A Lei n.º 11.101/2005 seguiu a tradição das demais legislações falimentares brasileiras, incidindo as suas disposições apenas sobre o devedor empresário (pessoa física ou jurídica), fazendo a distinção entre empresários e não-empresários¹⁵³.

Dentre as principais modificações trazidas ao Direito Falimentar pela Lei n.º 11.101/2005, estão a criação da recuperação judicial e a elaboração de mecanismos para a maximização de ativos, bem como o aumento de penas para a punição de eventuais crimes falimentares¹⁵⁴.

As bases estruturais da falência moderna são o limite patrimonial, a condição de igualdade entre todos os credores (*par conditio creditorum*) e a natureza pública e judicial¹⁵⁵.

Esclarece Calixto Salomão Filho que a Lei n.º 11.101/2005 comporta formas procedimentais e materiais de definição do interesse social, sem, contudo, que haja estrita coerência entre os instrumentos¹⁵⁶.

A atual legislação de regência da matéria buscou claramente permitir maior flexibilidade à recuperação da empresa¹⁵⁷, oferecendo meios mais eficazes e diversificados para este fim através de lista exemplificativa constante no artigo 50 da Lei n.º 11.101/2005¹⁵⁸.

¹⁵³ DE LUCCA, Newton in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29.

¹⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. XXXIX-XLII; BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 471: os autores também incluem como princípios inseridos com a nova lei o da viabilidade da empresa, da celeridade e da eficiência do procedimento.

¹⁵⁵ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54.

¹⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 50: "Uma primeira observação a respeito da nova Lei de Falências, sem dúvida alvissareira, é de que nela estão previstas ambas as formas, material e procedimental, de definição do interesse social. O problema, como se verá mais adiante, é que não há estrita coerência entre esses instrumentos. Como afirmado na introdução, essa coerência deverá então ser construída a partir do trabalho doutrinário e interpretativo."

¹⁵⁷ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 110.

¹⁵⁸ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 145.

Frente à maior diversidade de mecanismos comparando-se à antiga concordata, a nova lei traz importante implementação no que diz respeito ao encaminhamento do plano de recuperação judicial à assembleia geral de credores para votação (aprovação ou rejeição), nos termos dos artigos 45 e 58 da Lei n.º 11.101/2005¹⁵⁹. Cabe dúvida se deve o Juiz conceder a recuperação judicial em termos diversos do que consta previsto em lei ordinária, bem como se, e até que ponto, a função social da empresa interfere na interpretação a ser dada ao Direito Falimentar nos referidos dispositivos.

Para fins de divisão didática, adiante serão delineados - neste capítulo - os princípios estruturantes do Direito Falimentar e, após, será feita uma análise detida - sem apresentar as controvérsias - sobre a assembleia-geral de credores no exame do plano de recuperação judicial, foco deste estudo.

3.1. Princípios no Direito Falimentar

Os princípios, sabidamente, não importam em uma regra que obrigatoriamente deverá ser seguida, mas influenciam na tomada de decisões. Conforme Humberto Ávila:

Esse tópico realça a *maior* interdependência entre os princípios. Daí se enfatizar a relação de imbricamento ou entrelaçamento entre eles. Isso se dá justamente porque os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização. Essas diretrizes valorativas cruzam-se reciprocamente, em várias direções, não necessariamente conflitantes.

Os princípios possuem, pois, *pretensão* de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. *Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade.*¹⁶⁰

Os princípios possuem "dimensão de peso" e podem preponderar sobre outros, sem que importe em sua eliminação do ordenamento jurídico¹⁶¹. Mesmo assim, não há

¹⁵⁹ Caso ocorra a objeção prevista no artigo 56 da lei 11.101/2005.

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 194.

discricionariedade ao intérprete na aplicação do princípio, devendo a sua interpretação ficar vinculada pelos mesmos¹⁶².

O sistema deve estar vinculado ao que se encontra positivado, excepcionando-se a possibilidade de se complementar o Direito legislado com outros acréscimos¹⁶³. O ordenamento admite uma interpretação sistemática, com caráter criativo do Direito para o fim de eliminar contradições internas do sistema¹⁶⁴, observando-se que nem sempre será possível tal hipótese¹⁶⁵. Por esta ótica, existindo lacunas a serem preenchidas no ordenamento jurídico, o intérprete deve observar o conteúdo do sistema, nele compreendidos os princípios e os valores.

O legislador pode, eventualmente, prever uma hipótese no Direito positivo, sem, contudo, dar-se conta de alguma exceção pela qual teria legislado de forma diferente. Assim, "visto o problema a partir da intenção reguladora, existe uma lacuna na lei"¹⁶⁶.

O sistema jurídico deixou de ser fechado, formal e anômico para ser aberto, tópico e axiologicamente hierarquizado, através de regras, princípios e valores positivados em nosso ordenamento¹⁶⁷.

Nos últimos anos, o Brasil observou o fenômeno da constitucionalização do Direito, modificando o enfoque interpretativo¹⁶⁸, sendo esta uma mudança interna do sistema¹⁶⁹. O

¹⁶² Ibidem. p. 195-196.

¹⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 196: "Resumindo, deve dizer-se: a solução adequada ao sistema é, na dúvida, vinculativa, *de lege lata* e é, fundamentalmente de reconhecer como justa, no domínio de uma determinada ordem positiva; pontos de vista de justiça material contrários ao sistema só podem aspirar à primazia perante argumentos do sistema quando existam as *especiais* pressuposições nas quais é admissível uma complementação do Direito legislado com base em critérios extra jurídico-positivos."

¹⁶⁴ Ibidem. p. 208-209.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 216: "Em resumo, fica assim determinado que há contradições de valores que não podem ser ultrapassadas com auxílio dos métodos legítimos da interpretação e da interpretação criativa do Direito. Tal o caso em que a contradição de valores não se traduza numa lacuna, mas num 'erro jurídico-político' ou em que exista, na verdade, uma lacuna, mas a sua integração seja proibida ou impossível."

¹⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 565-566.

¹⁶⁷ ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos Direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 55.

¹⁶⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Interesse Público*, nº 33. Sapucaia do Sul: Notadez, 2005. p. 13.

¹⁶⁹ ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos Direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 62-75.

sistema não admite a plena vinculação, nem a total discricionariedade¹⁷⁰. Existe uma margem de discricionariedade do sistema jurídico que distingue o pensamento legítimo daquele arbitrário. A coerência do discurso¹⁷¹ adotado é o mecanismo intrínseco da fundamentação de qualquer decisão judicial e que permite a análise de sua previsibilidade¹⁷² e legitimidade. Tudo que se encontra em certo estado de coisas, assim está por atos humanos ou da natureza, podendo ser justificada a razão para a ordem verificada no sistema jurídico¹⁷³.

O cerne reside, neste momento, em saber quais os princípios estruturantes do Direito Falimentar, para apurar nos demais capítulos as suas influências na assembleia-geral de credores para a aprovação de planos de recuperação judicial e eventuais imperfeições da Lei n.º 11.101/2005, como meio de manter a integridade do sistema interpretativo¹⁷⁴.

O tema está repleto de divergências doutrinárias, bem como o texto constante na Lei n.º 11.101/2005 gera sérias dificuldades concretas de compatibilização com as realidades experimentáveis em uma recuperação judicial e com o desejo do legislador, ainda mais em ambiente extremamente aberto para um "comportamento oportunista" dos credores¹⁷⁵.

A Lei n.º 11.101/2005 dispõe em seu art. 75 que há dois princípios atinentes ao processo falimentar que são os da celeridade e da economia processual¹⁷⁶.

¹⁷⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 33.

¹⁷¹ Sobre a coerência e a linguística, veja-se SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 1972. p. 120.

¹⁷² ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 23.

¹⁷³ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico: o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 202.

¹⁷⁴ STJ, 1ª Turma, AgRg no Resp nº 753.469/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/03/2006: “Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v. supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação.”

¹⁷⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 218.

¹⁷⁶ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

Jorge Lobo afirma serem três os princípios da recuperação judicial, a saber: conservação e função social da empresa; dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho; segurança jurídica e efetividade do direito¹⁷⁷.

Na ótica de Waldo Fazzio Júnior, são seis "os princípios estruturantes do regime legal de insolvência empresarial"¹⁷⁸, a saber: o princípio da viabilidade da empresa; o princípio da predominância do interesse imediato dos credores; o princípio da publicidade dos procedimentos; o princípio da *par conditio creditorum*; o princípio da conservação e maximização dos ativos do agente econômico devedor; o princípio da preservação da atividade empresarial.

Na sua classificação de princípios estruturantes, Waldo Fazzio explica que existe o "princípio da viabilidade da empresa". Com a devida vênia, tal "princípio" supostamente fundado na redação do art. 47 da Lei n.º 11.101/2005¹⁷⁹ como divisor entre a recuperação judicial e a falência não possui tal estatura jurídica, sendo, na verdade, um *pressuposto objetivo* da recuperação judicial¹⁸⁰.

Tendo em vista a relevância dos princípios no Direito Falimentar - notadamente do princípio da preservação da empresa na recuperação judicial¹⁸¹ -, torna-se relevante a sua análise.

¹⁷⁷ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

¹⁷⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31.

¹⁷⁹ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

¹⁸⁰ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128-130.

¹⁸¹ CAVALLAZZI FILHO, Túlio. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 127.

3.1.1. Princípio da predominância do interesse dos credores

A principal modificação trazida pela Lei n.º 11.101/2005 é a criação da recuperação judicial e extrajudicial das empresas¹⁸², a qual substitui, com grandes modificações, a antiga concordata.

Para a compreensão dos aspectos mais importantes da recuperação de empresa, é fundamental a análise do art. 47 da Lei n.º 11.101/2005:

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

O art. 47 da Lei n.º 11.101/2005 dispõe de forma que a recuperação judicial sirva para viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor. Daí deriva o pressuposto da viabilidade da empresa¹⁸³, visto que somente se admite o processamento da recuperação à empresa viável¹⁸⁴. Ainda, o mesmo artigo da Lei Falimentar dispõe que deve ser observado o interesse dos credores, concretizando, assim, o princípio da relevância do interesse dos credores¹⁸⁵.

Conforme assinala Erasmo Valladão:

A Lei n.º 11.101, seguindo as modernas legislações falimentares dos diversos países, parece inspirada no assim chamado "princípio da autonomia dos credores", segundo o qual os credores, como principais envolvidos na insolvência da empresa devedora, devem decidir sobre as mais relevantes questões ocorrentes no processo de recuperação ou falência.¹⁸⁶

¹⁸² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 471.

¹⁸³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31-32 - Denominado por Waldo Fazzio Júnior como um princípio.

¹⁸⁴ Anote-se que não é tarefa nada fácil analisar a viabilidade de uma empresa.

¹⁸⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33-34.

¹⁸⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 186-187.

Ao contrário do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, que tinha a concordata como um favor legal concedido independente de anuência dos credores, a Lei n.º 11.101/2005 fortaleceu o poder dos credores em moldes similares ao que já ocorria nas legislações brasileiras entre os anos de 1850 e 1945. Dessa forma, a recuperação judicial não terá êxito sem apoio dos credores na forma estabelecida nos seus arts. 35 a 46 e 58, em que se verificam requisitos específicos de votação, inclusive para a aprovação do plano de recuperação judicial.

Em eventual oposição ao interesse dos credores, do art. 47 da Lei Falimentar se extraem também os princípios da preservação da empresa e da função social da empresa para o fim de permitir a manutenção da fonte produtora e o emprego dos trabalhadores, princípios esses que podem ser considerados como a mais importante contribuição da Lei n.º 11.101/2005¹⁸⁷.

3.1.2. Princípio da publicidade dos procedimentos

Sobre a natureza pública e judicial, estas são decorrência das primeiras experiências do Direito concursal romano, que demonstrou que há interesse público na proteção da universalidade dos credores, o que se faz com a judicialização do procedimento e a publicidade dos atos do processo falimentar.

As experiências do Direito concursal romano demonstraram a necessidade de publicidade dos procedimentos e intervenção judicial para proteger os credores, entendidos como um interesse público que merece tutela específica.

Assim como todas as legislações brasileiras, a Lei n.º 11.101/2005 também possui caráter público¹⁸⁸, o qual impõe a publicidade dos atos do processo como forma de resguardar os interesses da coletividade, gerando assim o princípio¹⁸⁹ da publicidade dos

¹⁸⁷ WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 318.

¹⁸⁸ VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ariel, 1932, vol. II. p. 51; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

¹⁸⁹ Para a compreensão de “princípio” utiliza-se o conceito de Alexy em ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997: “En cambio, se trata primariamente de relevancia o precedencia concretas en la discusión acerca de la solución correcta de casos individuales de

procedimentos¹⁹⁰. Verifica-se na Lei n.º 11.101/2005 a necessidade de publicação de editais para: tornar pública a relação de credores (art. 7º), o quadro-geral de credores (art. 14), a sentença de abertura da falência (art. 99), a sentença de encerramento da falência (art. 156) e a extinção das obrigações do falido (art. 159); convocar a assembleia-geral de credores (art. 36); deferir o processamento da recuperação judicial (art. 52); permitir o oferecimento de objeções ao plano de recuperação judicial (art. 53); promover alienação por proposta fechada (art. 142); informar o recebimento de pedido de homologação de recuperação extrajudicial (art. 164).

No mesmo sentido, com a finalidade de oferecer maior controle ao processo falimentar, o administrador judicial – antigo síndico – deixou de ser escolhido entre os principais credores para novamente ser nomeado a partir de uma lista elaborada pelo magistrado (art. 21) em sistemática semelhante a que constava na Lei n.º 859/1902.

Embora presente o princípio da publicidade dos atos processuais, a Lei n.º 11.101/2005 ampliou certos poderes do administrador judicial, com a finalidade de desjudicializar alguns procedimentos. Exemplo relevante encontra-se no art. 7º do diploma legal, que menciona que as habilitações tempestivas serão entregues diretamente ao administrador judicial, a quem cabe, após, elaborar nova relação de credores. A grande modificação em relação à sistemática anterior reside no fato de que o juiz da causa não tomará conhecimento imediato do pedido de habilitação e não apreciará a sua procedência, limitando-se a fazê-lo para o caso de habilitações retardatárias ou eventuais impugnações. Os documentos que instruem determinada habilitação não se encontram mais à disposição em juízo, mas apenas junto ao administrador judicial em hora e local previamente designados, desde que dentro de um prazo específico. Via de regra, não há necessidade de decisão justificada para a inclusão de credor no quadro-geral de credores. Embora tais medidas retirem transparência ao procedimento falimentar, o objetivo foi de conferir agilidade ao mesmo com o afastamento de determinadas questões do contato direto com o judiciário. Trata-se da busca da solução mais equilibrada ao eterno conflito entre os princípios da segurança jurídica e da celeridade processual.

derechos fundamentales.” (p. 130) - “Así pues, los principios o los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente” (p. 147)

¹⁹⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 34.

3.1.3. Princípio da *par conditio creditorum*

No tocante à igualdade entre os credores, pode-se afirmar que esta é a máxima de qualquer processo concursal, como é o caso do Direito Falimentar.

Afirma Alfredo Buzaid:

Por outro lado, como observou Liebman, ‘as leis em todo tempo estiveram e ainda mais estão agora inclinadas a subtrair o andamento do processo, e muito especialmente da execução, ao arbítrio dos interessados diretos, elevando-a a figura de procedimento que progride sob impulso quase sempre oficial, em benefício de interesses mais amplos que a simples satisfação do direito do exequente; muito mais justo afigura-se, pois, assegurar igualdade de condições a todos os credores’. Segundo êsse princípio, é justo, portanto, que o devedor, reconhecendo a sua própria insolvência, promova o concurso universal, a fim de serem distribuídos aos credores, segundo as preferências ou rateio, todos os bens (ou o produto) do seu patrimônio.¹⁹¹

Pode-se falar em execução concursal sem a presença de um magistrado, com o uso de meios bárbaros, havendo a apuração ou não de delitos pelo devedor, mas não sem tratamento igualitário dos credores, sob pena de converter-se em pluralidade de execuções singulares.

Aldo Fiale aponta que “all’esecuzione collettiva devono partecipare *tutti i creditori* che intendono tutelare coattivamente il proprio credito”, visto que a diferença entre a execução singular e a coletiva está em que esta última “tende ad assicurare un *trattamento egualitario* a tutti i creditori”¹⁹².

Para Waldo Fazzio Júnior “a equidade é um princípio geral de Direito que, aqui, se manifesta em toda a sua intensidade. O tratamento eqüitativo dos créditos é a máxima regente de todos os processos concursais, considerado o mérito das pretensões antes que a celeridade na sua dedução”¹⁹³.

¹⁹¹ BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 282.

¹⁹² FIALE, Aldo. *Diritto Fallimentare*. 16. ed. Nápoles: Simone, 2008. p. 08.

¹⁹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 34.

3.1.4. Princípio da maximização dos ativos do devedor

A Lei n.º 11.101/2005 fortaleceu o princípio da maximização dos ativos, com a finalidade de buscar gerar a maior satisfação possível aos créditos devidamente habilitados¹⁹⁴. Assim ocorre com a alienação dos ativos, que agora pode, como regra, ser realizada imediatamente após a arrecadação (art. 139), enquanto que pela legislação anterior essa hipótese era uma exceção, evitando-se que se desvalorizem os bens arrecadados pelo efeito do tempo.

Outrossim, existe expressa previsão para a alienação dos bens “em bloco” ou “individualmente considerados”, conforme critérios mencionados no art. 140, justamente com a finalidade de assegurar o maior valor de ativos.

3.1.4.1. A possível contribuição da análise econômica do Direito

A aproximação entre Direito e Economia é um movimento que ocorre de forma extremamente conturbada e com recíproco preconceito¹⁹⁵. No entanto, a análise econômica possui maior aproximação com o Direito em algumas áreas¹⁹⁶, como ocorre na empresarial.

O Direito Empresarial surgiu na Idade Média em período no qual as circunstâncias de crise resultaram em regras benéficas aos devedores e que serviram para recuperar a economia, passando a serem vistas pelos comerciantes como “fracas e piedosas”¹⁹⁷. Como reação a tais medidas, o comércio reuniu-se e formou as corporações¹⁹⁸, as quais, para se opor ao “fraco” e “piedoso” Direito comum, elaborou novos regramentos que fossem mais

¹⁹⁴ Ibidem. p. 34.

¹⁹⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 03: “A relação entre economistas e juristas sempre foi marcada por diferenças não raro intransponíveis, tendo sido alvo de piadas e ácidas recriminações mútuas. Aliás, as troças sobre advogados e economistas, distorcendo a imagem do profissional do direito ou do economista, proliferam não apenas nos Estados Unidos e na Europa, como também entre nós.”

¹⁹⁶ Na prática ocorre desta forma, embora não se trate de requisito ou ideal.

¹⁹⁷ VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 19.

¹⁹⁸ Ibidem. p. 19.

adequados às necessidades de segurança jurídica do capitalismo da época, que se desenvolvia com o comércio, “assentes na liberdade de iniciativa e de concorrência num mercado livre”¹⁹⁹. Dessa forma, nasce o Direito Comercial (atual Direito Empresarial) como fruto dos usos e dos costumes das corporações²⁰⁰.

Assim, o Direito Comercial surgiu como uma separação - divisão - do Direito Privado para atender às necessidades econômicas dos comerciantes, de onde advém a aproximação entre este ramo e a Economia²⁰¹.

Nos últimos dois séculos, se deu o movimento inverso, com a gradual aproximação dos Direitos Civil e Comercial²⁰², o que não eliminou a recorrente aproximação entre o Direito Comercial e a Economia.

A dificuldade de diálogo entre Direito e Economia está em que a análise econômica se ocupa em alcançar a *eficiência* dos recursos pressupondo a escassez dos mesmos²⁰³, enquanto que o Direito se foca²⁰⁴ em diversos outros valores - como boa-fé, abuso de direito, entre outros - que podem se aproximar ou conflitar com a premissa da Economia.

O Direito Falimentar, por sua vez, apresenta uma microrealidade na qual a evidente escassez de recursos²⁰⁵ deixa de ser uma questão acessória e passa a ser o centro das atenções com o fim de oferecer tratamento igualitário aos credores - *par conditio creditorum*. Essa recorrente insuficiência de recursos observada no Direito Falimentar torna especialmente relevante a aproximação desse ramo com a análise econômica do Direito, a fim de verificar os

¹⁹⁹ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 08-09.

²⁰⁰ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 51.

²⁰¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 14. Belo Horizonte: RDPE, abr-jun, 2006. p. 63.

²⁰² RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de Droit Commercial*. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972. p. 07-11.

²⁰³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36.

²⁰⁴ Observe-se que o termo não exclui a existência de preocupações ou valores diversos, inclusive a própria eficiência.

²⁰⁵ ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do Direito falimentar à Lei n.º 11.101/2005. *Revista Jurídica Empresarial*, n.º 15. Sapucaia do Sul: Notadez, jul-ago de 2010. p. 41-42; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 34.

efeitos jurídicos possíveis e levar o argumento econômico em consideração para a tomada de decisões.

No âmbito da recuperação judicial, a assembleia-geral de credores alcançou condição de grande importância. De suas decisões - a serem, em regra, acatadas pelo juiz da causa - podem derivar a frustração ou o sucesso de determinada atividade empresária, em especial na apreciação do plano de recuperação judicial. Para desenvolver o estudo acerca da assembleia-geral de credores que aprecia o plano de recuperação judicial, necessário que se faça um exame de como funciona o instituto jurídico²⁰⁶.

A análise econômica do Direito é uma abordagem que possui conflito de posições extremamente acentuado. Para Cento Veljanovski, os economistas normalmente almejam a eficiência, inclusive desprezando ou ignorando o conteúdo do Direito que seja contrário às suas conclusões econômicas²⁰⁷. Por sua vez, os juristas normalmente desconhecem a função da economia e a relacionam "como una disciplina cuyo interés se encuentra confinado a la riqueza material y a consideraciones financieras"²⁰⁸. Refere o autor que "la mayor diferencia entre abogados y economistas es que los últimos consideran al derecho como una 'gigantesca máquina de precios'"²⁰⁹. Ocorre que "el vínculo entre la economía y el derecho pareciera generarse en los orígenes mismos de la economía. Puede incluso ser que ambas disciplinas se encuentren genéticamente relacionadas"²¹⁰.

Para Rachel Sztajn, a distinção entre Direito e Economia pode ser sintetizada em que a primeira se preocupa com a ética e a segunda com a otimização dos recursos²¹¹.

Segundo Guido Alpa, auxilia na dificuldade de assimilação da análise econômica do Direito a grande exposição na literatura especializada da escola de Chicago, da qual "provém

²⁰⁶ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 03: "A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo direito ao comportamento dos agentes econômicos."

²⁰⁷ VELJANOVSKI, Cento. *Economía del Derecho*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2006. p. 22.

²⁰⁸ *Ibidem*. p. 25.

²⁰⁹ *Ibidem*. p. 25.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 27-28.

²¹¹ SZTAJN, Rachel. Law and economics. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 137, São Paulo: Malheiros, jan-mar de 2005. p. 229.

a proposta interpretativa mais radical, compreendida no sentido de 'extremista' na aplicação dos princípios da economia"²¹².

Parte substancial das desavenças entre Direito e Economia está em que esta última é considerada desumana. Isto ocorre porque a preocupação econômica é a de enfatizar que obter algo sempre implica renunciar a outra coisa²¹³. Sustenta Cento Veljanovski:

A veces se ha sugerido que lo que realmente separa a los abogados y a los economistas es la justicia. Los economistas se encuentran interesados en la eficiencia económica; los abogados, y el derecho, en la justicia. Esta distinción posee algo de verdad, pero mirada más de cerca se torna básicamente semántica.²¹⁴

Para exemplificar a clara possibilidade de aproximação entre o Direito e a Economia, Cento Veljanovski apresenta excelente exemplo no campo da responsabilidade civil²¹⁵.

²¹² ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. 6. ed. Pádua: CEDAM, 2009. p. 114-115 (Original: "Proprio a Chicago Ronald Coase ha scritto il saggio sui costi sociali che dà l'avvio al dibattito e rende familiari anche ai giuristi i problemi collegati con le esternalità, con i costi transattivi, con le decisioni alternative sulla allocazione delle risorse. È ancora da Chicago che proviene la proposta interpretativa più radicale, intesa cioè nel senso di 'estremista' nella applicazione dei principi dell'economia del benessere al diritto, alle decisioni del legislatore o del giudice")

²¹³ VELJANOVSKI, Cento. *Economía del Derecho*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2006. p. 54.

²¹⁴ *Ibidem*. p. 55.

²¹⁵ *Ibidem*. p. 77-78: "Considere primero al economista como técnico. Bajo el derecho inglés, el objetivo de la indemnización a un demandante por los daños producidos por el demandado negligente es proporcionarle la "compensación completa" en el sentido de colocar a la persona en la misma posición que tenía o habría tenido si la lesión no hubiere ocurrido, todo ello en términos de dinero. El economista, aquel con estudios en matemática y estadísticas que calcula las primas (*actuary*) y el contador pueden prestar gran ayuda a los tribunales en la realización de la meta de la compensación completa definida de esta manera. Asombrosamente, la judicatura inglesa aún se muestra francamente reticente frente a la evidencia experta en los casos de daños corporales y de muerte, prefiriendo un cálculo aritmético relativamente sencillo que tiene como efecto una subcompensación a las víctimas de accidentes.

Esto es particularmente cierto en el caso de las pérdidas futuras. Muchas víctimas de accidentes sufren pérdidas que se mantienen en el tiempo, perjudicando su capacidad de trabajar a tiempo completo o de ser tan productivas como antes del accidente. En tales casos, el juez debe estimar la pérdida futura de la renta y después descontarla por un cierto tipo de interés para llegar a una suma fija que se concederá a la víctima como una compensación "completa". En vez de usar evidencia económica y actuarial, las cortes utilizan un acercamiento de multiplicador/multiplicando (*multiplier/multiplicand*). Esto tiene dos partes. Primero, el juez debe determinar la pérdida anual de la víctima que sufrió el accidente. Esta es una cuestión de hecho. La corte debe entonces convertir esta suma anual en el valor presente de la pérdida prevista de los demandantes. El juez hace esto determinando primero un multiplicador que utiliza para multiplicar la pérdida anual de la víctima. El multiplicador considera dos factores: el descuento y una rebaja que es frecuentemente referida como las "vicisitudes de la vida". El descuento se requiere para ajustar el hecho de que la víctima está recibiendo tempranamente su compensación y puede invertirla en el período restante de su vida para ganar una anualidad. Respecto a la rebaja, las cortes también ajustan la pérdida futura hacia abajo para tomar en cuenta las contingencias que reducirían la pérdida atribuible al accidente, tal como contraer nuevamente matrimonio, la perspectiva de desempleo y la probabilidad de enfermedades que podrían acortar la vida. Estos factores no son considerados explícitamente de acuerdo a algún principio de cálculo aritmético. Mas bien, el juez (los jurados han sido suprimidos en Inglaterra y Gales para los procesos civiles, excepto en acciones de calumnias) determina una suma que, a su juicio, proporcione una compensación adecuada. El multiplicador usado por las cortes es de entre 5 a 18, aunque 15 es el máximo habitualmente usado.

Imagine-se que determinada pessoa sofra um acidente e perca totalmente a sua capacidade laboral de modo permanente. Como premissa, tem-se que o juiz, ao apreciar o caso, pretenderá ressarcir *completamente* os danos sofridos. Saber quanto é o valor que o devedor deverá receber mensalmente é questão de fato a ser apurada em juízo. Ocorre que em alguns casos não há possibilidade de se realizar o pagamento mensal, como ocorre em caso de falecimento ou falência²¹⁶, hipóteses em que o pagamento deve ser antecipado considerando a expectativa média de vida. No Brasil, a praxe é calcular o montante mensal multiplicado pelos meses faltantes conforme a expectativa de vida do credor da pensão. No Direito inglês tal cálculo é feito considerando um *desconto* pela antecipação do capital e uma *redução* por presumíveis doenças ou outros fatores que futuramente reduziriam a indenização. Ocorre que se formou um *cálculo simplificado* feito pelos juízes e outro mais elaborado feito pelos economistas. Com base na diferença de cálculo - que aqui não se pormenoriza porque é irrelevante -, Cento Veljanovski aponta que "la suma final calculada usando estos supuestos razonables [cálculo econômico] es más de dos y media veces la suma concedida al demandante por la corte [cálculo do juízes]"²¹⁷. Vale dizer, o *cálculo simplificado* feito pelos magistrados importava em uma *subcompensação* com a formação de crédito 60% inferior, em média, ao que seria devido com uma forma mais apurada de cálculo. Nesta hipótese, a análise econômica em nenhum momento pretendeu desviar o Judiciário do seu intento de ressarcir

Los multiplicadores usados por las cortes son bajos, conduciendo a una subcompensación de las víctimas de accidentes. De hecho, la mayoría de los abogados y jueces permanecían en la ignorancia respecto del tipo de descuento utilizado como multiplicadores hasta que Lord Diplock reveló que era alrededor de un 4 a un 5 por ciento. Kemp y otros han argumentado en favor del uso creciente de la evidencia actuarial y por un tipo de descuento de alrededor de un 1,5 a un 2,3 por ciento por año."

²¹⁶ TJ-RS, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70013619648, Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 24/08/2006 - FALÊNCIA. AÇÃO DE HABILITAÇÃO RETARDATÁRIA. CRÉDITO ORIUNDO DE CONDENAÇÃO DA FALIDA, TRANSITADA EM JULGADO, EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA CONCEDIDA À DEMANDANTE GARANTIDA POR CAUÇÃO REAL. Impossibilidade de pagamento desse pensionamento, na falência, mês a mês. apuração do valor referente às parcelas vincendas conforme expectativa média de vida da população. Sendo a autora credora da falida de uma pensão mensal vitalícia, decorrente de condenação transitada em julgado em ação de reparação de danos por acidente de trânsito, tem direito a habilitar seu crédito na falência, desde que respeitado o concurso universal de credores. Impossibilidade de pagamento do pensionamento mês a mês, pena de subversão ao princípio da par conditio creditorum. Pensão garantida por caução real (art. 102, I, do Decreto-lei nº 7.661/45). Pagamento das parcelas vincendas que se dará, mediante rateio, apurando-se o quantum que seria recebido em vida pela autora, observada a expectativa média de vida da população. Insurgência apenas no que se refere ao dies ad quem do pensionamento. Expectativa média de vida do gaúcho, segundo dados atuais constantes do site da Fundação de Economia e Estatística ligada à Secretaria da Coordenação e Planejamento do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, de 73,4 anos. Adoção, no caso em concreto, de meio termo entre a proposta da autora e os dados estatísticos – 78 (setenta e oito) anos.
DERAM PROVIMENTO EM PARTE.

²¹⁷ VELJANOVSKI, Cento. *Economía del Derecho*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2006. p. 79.

integralmente a vítima do acidente, apenas servindo como *instrumento* para auxiliar o magistrado.

Embora o Direito não se preocupe *apenas* com a eficiência econômica, por vezes as decisões são proferidas com base em argumentos que remontam à Economia²¹⁸.

No julgamento da ADIn n.º 855-2/PR²¹⁹, o STF apreciou Lei Estadual que previa a obrigação das empresas de revenda de gás em botijão de manter balanças em seus caminhões de entrega a domicílio para o fim de permitir que os consumidores pesassem o produto e verificassem eventuais diferenças. Baseados em parecer do INMETRO, que apontava os efeitos de tal regra, alguns dos Ministros se convenceram de que haveria maior ônus do que retorno esperado pelo fim que a Lei busca, utilizando-se, inclusive, de fundamentos econômicos para sustentar a decisão. Com tal base, nesse julgamento, concluiu-se - por maioria - que havia inconstitucionalidade da Lei estadual, porque sob o pretexto de proteger o consumidor, a norma gerava maior ônus ao mesmo. Não significa que o aspecto econômico deva prevalecer sobre os demais, mas simplesmente pode servir como argumento a ser ponderado conforme o caso concreto.

Com razão, Fábio Nusdeo ensina que existe uma dependência recíproca entre o Direito e a Economia:

Que os fatos econômicos dependem diretamente das instituições, ou seja, dos conjuntos de normas que os regem, parece indisputável. Veja-se, por exemplo, o valor de dois terrenos idênticos, com a mesma metragem e iguais características, inclusive distância do centro: um, localizado na Zona 1 do zoneamento urbano, não pode ser aproveitado em mais de 50% de sua área; o outro, situado na Zona 6 ou 8,

²¹⁸ Conforme assinala Ejan Mackaay "À un premier niveau, l'analyse économique aide le juriste à déterminer les principaux effets d'un changement de règle et, par ricochet, les effets de la règle qu'on n'aura pas modifiée.

[omissis]

À un deuxième niveau, l'analyse économique du droit vise à éclairer un fondement des règles que l'on observe dans des systèmes existants. Dans toute analyse conséquentialiste, les règles sont jugées par leurs effets et l'on pourrait donc supputer que l'analyse pointe ici vers le bilan positif des effets dégagés suivante le premier type d'analyse. La difficulté réside dans la nécessité de mettre sur un dénominateur commun des effets de nature très variable et aux quels les acteurs économiques touchés peuvent attacher, subjectivement, des valeurs variables. Le problème est connu dans la science économique proprement dite, lorsqu'il s'agit d'évaluer le bien-être de chacun des acteurs.

[omissis]

Il y a, enfin, un troisième niveau d'analyse, normative celle-là, qui vise à se prononcer sur les règles en place ou qu'on pourrait adopter. Il s'agit là d'une mission qu'a toujours assumée la doctrine dans les pays civilistes. Dans le cadre de l'analyse économique, elle consiste à établir les effets de la règle et à porter un jugement. De manière plus pointue, il s'agit de déterminer quelle serait la règle efficace et de la comparer à la règle existante ou envisagée." em MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse économique du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2008. p. 592-595.

²¹⁹ Embora esta decisão normalmente seja exemplo doutrinário do postulado da proporcionalidade, aqui interessa observar o argumento econômico.

onde se permite um aproveitamento de até várias vezes a sua área, além de praticamente não conter restrições ao tipo de uso, como, por exemplo, lojas, escritórios ou estacionamentos. Não existirá dúvida quanto ao segundo terreno ter o seu valor econômico muitas vezes superior ao do primeiro. Não há dúvida, igualmente, quanto a uma alteração do zoneamento - conjunto de normas jurídicas reguladoras do uso do solo urbano - provocar uma correspondente modificação do valor de ambos os terrenos e, também, possivelmente, na cotação das ações de companhias que se dediquem à sua exploração, como as loteadoras, construtoras, locadoras, prestadoras de serviços e outras que tais.

Mas a recíproca é também verdadeira: a pressão dos fatos econômicos e dos interesses a eles ligados tenderá a moldar a legislação ou a forma de sua aplicação a fim de torná-la conveniente a tais interesses, o que não implica, necessariamente, a ilegitimidade dos mesmos. Daí uma velha expressão ou brocardo jurídico latino *ex facto oritur jus*: o direito fala - manifesta-se - pelos fatos. Vale dizer, da realidade, não apenas na sua elaboração, mas também na sua aplicação. Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele. Existe, isto sim, uma intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos, donde tornar-se indispensável para o jurista o conhecimento, pelo menos, de noções básicas de Economia e vice-versa para os economistas.²²⁰

Embora a eficiência econômica não seja a única preocupação do intérprete²²¹, não há dúvidas de que o comportamento humano reage a estímulos pecuniários²²².

Richard Posner esclarece que o aprendizado interdisciplinar entre Economia e outras ciências deve ser feito por estas, visto que seria mais fácil ao jurista aprender Economia do que o economista aprender Direito²²³. E pelo que se observa, a análise econômica pode servir como instrumento de apoio para o Direito alcançar os seus fins²²⁴, desde que não sirva para monopolizar a fundamentação racional²²⁵.

²²⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997. p. 33.

²²¹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 215 - Para estes autores, os juízes costumam adaptar argumentos para alcançar fins econômicos: "A aptidão dos juízes para modificar e adaptar normas ineficientes nos sistemas de direito civil é maior do que pode ser imaginado porque os juízes têm alguma competência normativa. Pode-se observar, em numerosas ocasiões, que, quando a eficiência de uma norma codificada é duvidosa, os tribunais terminam por contorná-la, usualmente ampliando a interpretação de padrões flexíveis como 'boa-fé', 'razoabilidade', 'equidade', entre outros."

²²² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 17.

²²³ POSNER, Richard in TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2009. p. 273.

²²⁴ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 232: "Sociedade e instituições são sistemas abertos que se auto-influenciam e alteram permanentemente. Resta compreender em que medida o sistema de direito positivo se ajusta a essa realidade."

²²⁵ DRESCH, Rafael de Freitas Valle in TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 201.

3.1.5. Princípio da preservação da atividade empresarial

Diversos institutos e conceitos foram elaborados no Direito e, complementarmente, explicam a busca pela preservação da atividade empresarial.

O Direito Societário chegou ao princípio da preservação da empresa por meio de três fases:

Mostra-nos Rodríguez Rodríguez que o princípio da dissolução era consagrado, fundamentalmente, no direito romano, passando o da preservação a ser reconhecido pelas mais modernas legislações de todo o mundo. Essa evolução teria passado por três etapas distintas: a primeira, quando se admitia a cláusula de continuação com os herdeiros; a segunda, com a exclusão dos incapazes como base para a continuação da empresa; e a terceira, marcada pelo reconhecimento legal do princípio da conservação da empresa, em função do valor objetivo da mesma.²²⁶

A preservação da empresa tem como direcionador a noção de que a atividade empresarial interessa a toda a sociedade e não apenas aos sócios daquela²²⁷.

Chega-se a uma possibilidade de controle social do Estado, o qual, conforme seja compreendido, "pode significar um perigoso precedente, dando ao Estado os meios para, em nome de uma pretensa justiça econômica e social, atender a outros interesses nem tão nobres nem tão valoráveis. A história é rica de exemplos elucidativos deste comportamento"²²⁸.

Assim, diversas teorias, até certo ponto complementares, foram desenvolvidas para explicar o interesse coletivo que recai sobre a empresa, tais como a teoria institucionalista da sociedade, o princípio da função social da empresa e a teoria econômica da sociedade como feixe de contratos.

²²⁶ DE LUCCA, Newton *in* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 208.

²²⁷ HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1910. p. 177: "Plaçons-nous donc maintenant dans la perspective individualiste. Toutefois, ne commettons pas la faute dans laquelle sont tombés les philosophes, et même les juristes, quand ils ont voulu étudier la réaction de l'individu sur la machine sociale, ne prenons pas l'individu isolé. Prenons-le déjà plongé dans la société, comme il l'est dans la réalité des choses, seulement, prenons-le plongé dans les relations du commerce juridique où son activité peut vraiment se déployer. Nous constaterons que ce qui réagit sur l'institution politique pour assurer la liberté, ce n'est pas directement l'activité de chaque individu, c'est plutôt la force collective du commerce juridique, qui est faite de toutes les activités individuelles déployées dans les relations."

²²⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 283.

3.1.5.1. As teorias contratualista e institucionalista da sociedade

Desde o Direito romano, as sociedades se formavam pela simples vontade dos sócios e se dissolviam automaticamente pelo interesse de *qualquer* dos sócios. A comunhão na sociedade deveria ter cunho patrimonial e não poderia ser contrária às leis e aos bons costumes²²⁹.

As sociedades formadas entre o período romano e a Idade Média basearam-se em formação de pequenos grupos de pessoas e de capital. As companhias - que são a origem das sociedades anônimas - passaram a existir somente em 1602 - através da Companhia das Índias Orientais, fundada na Holanda -, como sociedade de capital para fazer frente às grandes navegações. Eram criadas por Decreto Real e podiam captar livremente o dinheiro das pessoas²³⁰.

Enquanto a tradicional sociedade existente no Direito romano tinha a característica de ser uma sociedade de pessoas e atendia apenas à vontade dos sócios, as companhias²³¹ tinham a característica de serem sociedades de capital. Não mais importavam diretamente a vontade ou as características pessoais de cada um dos sócios, mas sim o capital de que dispunham para exercer uma *atividade*.

A compreensão da existência de uma sociedade de capital - em que não importavam as qualidades pessoais dos seus sócios - fez com que surgissem duas teorias antagônicas no Direito societário, a saber, a contratualista e a institucionalista.

A teoria contratualista, adotada pelo Brasil no Código Comercial de 1850 e no Decreto-Lei n.º 2.627/1940 - antiga Lei das Sociedades Anônimas -, importa em que a

²²⁹ GAUDEMET, Jean; CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2009. p. 272.

²³⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, parte II. p. 03-05.

²³¹ Esclareça-se que a companhia não era o único tipo societário existente à época, mas aqui se ressalta como modelo importante para trazer novos contornos à matéria.

sociedade é apenas uma comunhão do interesse dos sócios, não importando o interesse de terceiros²³². Explica Juan Dobson:

Contractualista. Esta teoría considera al *interés social* como una función esencial en la caracterización del contrato de sociedad. El contrato de sociedad conlleva la existencia de un fin común (la obtención de beneficios), fin que se halla estrechamente vinculado ao concepto de interés societario, excluyendo de esta manera la configuración de un interés superior y diverso de los socios. La *teoría contratualista* tiene una vinculación directa con la posición doctrinal que pregona la naturaleza jurídica de la sociedad comercial como un *contrato plurilateral de organización*. La concepción de éste propicia la existencia de una finalidad que es común a todas las partes y que consiste en la obtención de ganancias y su contrapartida, la eventual contribución a las pérdidas. Esta finalidad resulta la causa que motiva justamente la vinculación, dado que el interés en estos contratos no es contrapuesto.²³³

Diversas teorias foram criadas como oposição à contratualista, todas buscando o reconhecimento de um interesse além daqueles atinentes ao sócio²³⁴. Tais teorias receberam os nomes de *Unternehmen an sich*, *Institucionalista francesa*, *Person an sich*, *Institucionalista estadunidense* e *do interesse social como interesse da comunidade*²³⁵. Observa-se que "las teorías institucionalistas no identifican al interés social con el interés común de los socios, contrariamente a lo sostenido por seguidores de la teoría contractualista"²³⁶. Isto porque o interesse dos sócios é egoísta e muitas vezes contraposto ao interesse da sociedade²³⁷.

²³² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. IV, t. I. p. 03-04.

²³³ DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 50.

²³⁴ Ibidem. p. 54: "Podría darse el caso de que todos los socios de una sociedad decidieran perjudicar al ente social mediante la disposición de todos los activos de la corporación, a fin de acrecentar sus activos personales. Resulta claro que el interés común de todos los socios es beneficioso para ellos, pues verá aumentados sus patrimonios personales, pero, ¿resulta posible ver en dicho interés común algún atisbo siquiera de interés de la sociedad? Parece más bien un interés contrario al ente ideal."

²³⁵ Ibidem. p. 54-59.

²³⁶ Ibidem. p. 54; Fábio Konder Comparato complementa para afirmar que "sobre isso, muito se discutiu e se continua a discutir em doutrina. A revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, tal como a expusemos, resumidamente, no capítulo anterior, parece haver eliminado de vez a concepção gierkeana da *Person an sich*, que considerava o interesse social como algo distinto e superior ao dos próprios sócios. De resto, se assim fosse, como bem salientou Ascarelli, não se poderia recusar a obrigatoriedade do voto do acionista em assembléia nem a possibilidade de se considerarem inválidas as deliberações sociais tomadas pela totalidade dos sócios." (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 373).

²³⁷ Ibidem. p. 296: "Es posible señalar, entonces, que el fin perseguido por los socios al constituir una sociedad es el de obtener ganancias para ser distribuidas entre ellos, en virtud del ejercicio de una actividad socioeconómica por intermedio de bienes puestos en común. El fin de los socios, por lo tanto, es un fin egoísta, subjetivo, y muchas veces en contraposición con el fin objetivo perseguido por la sociedad."

A Lei n.º 6.404/1976 adota - pela primeira vez no Brasil - a teoria institucionalista da sociedade, em especial com a redação dos arts. 116²³⁸ e 117²³⁹, pela qual "a companhia não constitui mero contrato regulador de capitais, mas instrumento jurídico de natureza plurilateral que viabiliza a atividade empresarial"²⁴⁰:

Já o diploma de 1976 adotou, de um lado, o princípio da prevalência da função socioeconômica e comunitária da companhia no art. 116 e, conseqüentemente, o da preservação da empresa, no art. 117. Trata-se de duas normas de interpretação que devem necessariamente ser aplicadas ao presente capítulo, que de modo específico trata da matéria (arts. 206 a 219). Impõem-se a interpretação sistemática das regras de origem contratualista deste capítulo e a aplicação dos modernos princípios da função institucional das companhias e da preservação da empresa, consubstanciados nos referidos arts. 116 e 117. Esses artigos, que devem ser examinados no conjunto legal em vigor (art. 170 da CF de 1988), com efeito, seguiram a universal tendência das legislações societárias do pós-guerra. Com fundamento nesses dois princípios, algumas legislações mais radicais (Espanha e Peru) chegam a permitir que o Estado

Generalmente los estatutos sociales no mencionan de manera expresa el propósito societario de adquirir ganancias. Cuando se refiere a propósitos u objetivos, usualmente suele describirse cuáles serán las actividades sociales (el *objeto social*). Esto tiene relevancia a los efectos de distinguir la causa-fin de la corporación.

Por "causa-fin de la sociedad" se entiende al *motivo* o *razón* que ha tenido el ente social para obrar. Es posible distinguir entre causa-fin objetiva y causa-fin subjetiva."; No mesmo sentido, o autor ensina na página 298 que: "La división funcional entre la gestión y el poder en las grandes compañías ha servido para acentuar la nítida distinción entre los fines egoístas e interesados de los socios y los fines desinteresados y estructurales de la sociedad en sí misma.

El fin societario resulta en la consecución del objeto social para el que fuera creado. La obtención de beneficios para los socios es meramente una consecuencia de aquél. La *creación de valor* resulta el fin primordial del socio. La consecución del objeto social representa para él solamente un medio para la obtención de dicho fin.

Puede observarse así el conflicto de intereses que existe entre los destinatarios residuales de la actividad social (los socios) y la corporación en sí misma."

²³⁸ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

[omissis]

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

²³⁹ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

[omissis]

²⁴⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. IV, t. I. p. 04.

reverta a deliberação assemblear de dissolver a companhia, em face do interesse público na manutenção da atividade empresarial que ela exerça.²⁴¹

A teoria institucionalista tem íntima ligação com o princípio da função social da empresa, o qual decorre do princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I da Constituição Federal²⁴² e se encontra previsto no art. 170, III e VIII da Carta Magna²⁴³. Fruto do Estado Social, o princípio da solidariedade faz presente, como sua consequência, o princípio da preservação da empresa²⁴⁴.

Marcos Satanowsky ensina que o Direito há muito passa por uma tensão entre o individual e o social:

En el campo del derecho positivo, como en las especulaciones' de la filosofía y en el combate político, la tendencia aludida se presenta como una solución del viejo conflicto entre el individuo y la sociedad, entre el derecho individual y el derecho social. Desde que existen comunidades humanas regidas por normas de convivencia, el derecho social penetra y se abre camino dentro del interés individual y del derecho individual. Pero esa socialización incesante del derecho privado no importa la crisis del derecho individual.

En la evolución natural, lógica y necesaria del derecho individual, el problema a resolver reside en establecer cuál es el límite de penetración de lo social en lo particular a que puede llegarse sin afectar la libertad individual.

Conviene señalar *ab initio* que ese aspecto del problema sólo se presenta al jurista que ve en el derecho una elaboración natural de las normas de convivencia basadas en la libertad individual. Para los que buscan en el derecho un contenido susceptible de amparar concepciones de ordenamiento social extrañas a la libertad individual, el problema señalado adquiere carácter distinto.²⁴⁵

Da tensão entre o individual e o social, deriva a prevenção e o tratamento das dificuldades das empresas através da recuperação judicial, os quais são fenômenos jurídicos relativamente recentes na história do Direito, tendo forte impulso com o Direito Falimentar

²⁴¹ Ibidem. p. 04.

²⁴² NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n.º 12, São Paulo, 2002. p. 56.

²⁴³ AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. *A função social da empresa no Direito constitucional econômico brasileiro*. São Paulo: SRS, 2008. p. 111-123; WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314; COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 558-559.

²⁴⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36-37.

²⁴⁵ SATANOWSKY, Marcos. *Tratado de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1957, t. 1. p. 16-19.

durante o século XX²⁴⁶. Atualmente, pode-se afirmar que no Brasil seguiu-se esta tendência já verificada em outros países, como na França (Lei n.º 94.495/1994), na Inglaterra (Insolvency Act de 1986), em Portugal (Lei de 1993), na Alemanha (Lei de 1994) e na Espanha (Reforma de 2003)²⁴⁷.

Observe-se que o Direito Societário, pela Lei n.º 6.404/1976, foi pioneiro em reconhecer no Brasil a função social da empresa e os efeitos de um Estado Social que ainda não se encontrava propriamente presente na legislação. Da mesma forma, ocorreu no Direito italiano que admitiu a teoria institucionalista da sociedade anônima quando era incompatível com o restante do ordenamento jurídico daquele país²⁴⁸.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho reconhecem a existência de interesses *interempresariais* e *extraempresariais*, entendidos aqueles como atinentes aos acionistas, titulares de outros valores mobiliários, empregados e administradores, e estes como ligados à comunidade local, regional ou nacional. Acrescentam que "a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito"²⁴⁹.

Com razão, assinala Paula Forgioni que "o fenômeno da intervenção do Estado na economia foi assimilado, embora restem intensos debates sobre sua conveniência e oportunidade"²⁵⁰.

²⁴⁶ WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo *in* CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 313: "No direito comparado, contudo, a empresa como sujeito de responsabilidade social pode ser identificada como fenômeno da década de 20, quando executivos de grandes empresas passaram a demonstrar preocupação não só com a obtenção de lucros, mas também com os diversos outros interesses que gravitam em torno da sociedade, como aqueles dos trabalhadores, consumidores, fornecedores e comunidade."

²⁴⁷ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 01.

²⁴⁸ NOBILI, Raffaele. *Contributo allo studio del Diritto d'opzione nelle società per azioni*. Milão: Giuffrè, 1958. p. 194.

²⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 365.

²⁵⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009. p. 86.

3.1.5.2. O princípio da função social da empresa

Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn assinalam que o princípio da função social da empresa tem conteúdo metajurídico "de caráter mais político que jurídico"²⁵¹.

Juan Dobson ressalta, com razão, que "la atribución de una *función social* a las sociedades comerciales es motivo de controversias, dada la supuesta contradicción que existe entre el cumplimiento de dicha función y el objetivo de maximización de beneficios afín a la actividad empresarial"²⁵².

Na ótica de Gladston Mamede, o "corolário do *princípio da função social da empresa* é o *princípio da preservação da empresa*, metanorma que é diretamente decorrente da anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social"²⁵³.

Para Marcelo Bertoldi e Márcia Ribeiro "o foco primordial da nova lei deixa de ser a satisfação dos credores e se desloca para um patamar mais amplo: a proteção jurídica do mercado"²⁵⁴ e assim porque na cadeia produtiva "o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito

²⁵¹ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 271: "O conceito, de caráter mais político que jurídico, não é de fácil delimitação, variando ao sabor das mais diferentes tendências naquele campo.

Veja-se que sob a influência do princípio da solidariedade social, introduzido com a Constituição de Weimar de 1919, a idéia de função social correspondia ao dever de empregar os meios de produção no modo mais útil à coletividade. Este "modo mais útil" significava a função de: concorrer para uma melhor distribuição da renda; prover a mais ampla assistência possível às classes menos favorecidas; e promover a composição entre os interesses dos detentores do poder econômico e aqueles da classe dos trabalhadores.

Sob a ideologia do fascismo, diferentemente, a idéia de função social concentrava-se no dever legal de utilizar a propriedade dos meios de produção, tendo em vista o interesse nacional, o que era entendido como o aumento da produtividade da nação e o incremento da produção."

²⁵² DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 365.

²⁵³ MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, vol. III. p. 164.

²⁵⁴ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 471.

multiplicador na economia”²⁵⁵, servindo a recuperação judicial como instrumento para tal fim²⁵⁶.

Calixto Salomão Filho compreende que a função social da empresa ultrapassa os deveres com os demais sócios para "impor deveres positivos perante terceiros (não sócios) afetados pela atividade empresarial"²⁵⁷.

O Direito Comercial nasceu de uma “necessidade” de conferir maior rigidez e garantia aos comerciantes durante o período medieval²⁵⁸, sendo que mais adiante se verificaria um movimento unificador do Direito Privado:

Como ramas distintas del mismo derecho privado, el derecho civil y el comercial tienen autonomía. Pero autonomía y no independencia, como lo afirmara Rocco, porque el derecho mercantil debe vivir separado del derecho civil, pero con la dependencia que impone la comunidad de origen y la substancial analogía. ‘Podría decirse que el derecho mercantil ha sufrido respecto del civil un doble movimiento en sentido inverso: primero, de separación hasta obtener un concepto y contenido peculiares; después, de aproximación técnica al derecho civil. Y esa autonomía no es incompatible con la unificación.’²⁵⁹

Esse movimento unificador do Direito Privado ocorre pela razão de que, embora possa haver peculiaridades em algumas matérias, existe um Direito *uno*, inclusive porque atualmente se compreende que o fracionamento da matéria jurídica em ramos tem o sentido de divisão de competências ou a facilitação de exposição de uma “matéria única”, mas que

²⁵⁵ SZTAJN, Rachel in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 223.

²⁵⁶ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 113: "A nova Lei, fundada nos princípios constitucionais de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, de garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, reconhece a função social da empresa e institui o processo de sua recuperação judicial, tendo em vista salvaguardá-la, com o saneamento da crise que a envolve, e permitir o prosseguimento da atividade empresarial, com a manutenção do emprego de seus trabalhadores e atendimento dos credores, fornecedores e financiadores.
[omissis]

Portanto, deve ser, tanto quanto possível, preservada e mantida, motivo pelo qual a Lei n.º 11.101, de 2005, instituiu a recuperação com o objetivo de resguardá-la dos males conjunturais e mantê-la em benefício de todos."

²⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.

²⁵⁸ ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 12-15: "Só na Idade Média o direito comercial apareceu e se afirmou como um direito autônomo." - "as condições sociais próprias da época favoreceram esta especialização." - "aqueles que exerciam a mesma profissão, arte ou mister, reuniam-se em *associações* ou *corporações*, a fim de exercitarem mais eficazmente a autodefesa."

²⁵⁹ SATANOWSKY, Marcos. *Tratado de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1957, t. 1. p. 132.

“não deve significar que a realidade do ordenamento é divisível em diversos setores, dos quais um é totalmente autônomo em relação ao outro, de tal modo que possa ser proclamada a sua independência”²⁶⁰.

Assim, os princípios da solidariedade, da boa-fé e da função social aplicáveis às relações de Direito Civil²⁶¹ gradualmente ganham proximidade e geram efeitos no Direito Falimentar, o qual, por suas peculiaridades, nasceu de uma separação do *Direito comum* no período medieval.

Na medida em que há função social da empresa para o fim de se buscar a manutenção de suas atividades²⁶², pode haver claro dissenso entre a preservação da empresa e a observância do interesse dos credores. Eloy Pereira ressalta que por função social da empresa entende-se que a mesma não serve mais para satisfazer apenas a vontade dos sócios, “mas de toda a coletividade e principalmente dos empregados”²⁶³.

Além do dissenso de interesses que pode ocorrer durante a recuperação judicial, há uma tendência prática de aprovação do plano de recuperação judicial, embora decorrente do ambiente em que surgem as controvérsias:

O modelo brasileiro da recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre indeferimento do benefício e decretação da falência, cria o ambiente propício ao nascimento da “indústria da recuperação judicial”. O credor, na Assembléia em que estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, tenderá a aprovar qualquer rabisco malfeito, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor.²⁶⁴

Jorge Lobo esclarece que a “teoria de maximização dos lucros, deve ceder diante da ética de solidariedade, sobretudo quando se trata de uma lei de ordem pública”²⁶⁵, de forma

²⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cistina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

²⁶¹ e demais áreas do Direito.

²⁶² FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da Ajuris*, nº 105, março de 2007. p. 153-188.

²⁶³ LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & função social*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 153.

²⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 115.

²⁶⁵ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131.

que há uma preponderância da preservação da empresa em oposição ao interesse monetário dos credores.

Arnoldo Wald, ao tratar da função social dos contratos, traz lição que adequadamente serve por analogia à função social da empresa:

A função social do contrato e a aplicação do princípio da boa-fé não devem, pois, ser interpretadas exclusivamente ou principalmente como proteção especial da parte economicamente mais fraca. Significam a manutenção do equilíbrio contratual e o atendimento dos interesses superiores da sociedade que, em determinados casos, podem coincidir ou não com os interesses individuais do sujeito que aderiu ao acordo e que não exerceu plenamente a sua liberdade contratual.²⁶⁶

Dessa forma, a função social não atua de forma tensionada apenas em favor daquele que possui a condição menos favorecida²⁶⁷, devendo ser observado que eventualmente também existe uma função social na própria repartição do crédito aos credores no caso de empresa incapaz de prosseguir nas suas atividades.

O risco da função social é de conceder-lhe caráter de “assistencialismo”, de forma que não se conciliem os interesses divergentes envolvidos²⁶⁸, levando à desconsideração dos interesses dos credores. A recuperação da empresa não é um “valor” a ser buscado a qualquer custo²⁶⁹.

3.1.5.2.1. O conceito de empresa no Direito brasileiro (art. 966 do Código Civil) e o perfil funcional de Asquini: função social como proteção à atividade empresarial

A adoção da Teoria da Empresa pelo Código Civil não afastou a distinção entre empresários e não empresários, mas apenas modificou o critério de diferenciação em relação à

²⁶⁶ WALD, Arnoldo. O interesse social no Direito Privado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n.º 10. Porto Alegre: Magister, jan/fev 2006. p. 45.

²⁶⁷ USTÁRROZ, Daniel. *Temas atuais de Direito Contratual*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010. p. 24.

²⁶⁸ SZTAJN, Rachel in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 223.

²⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116.

antiga teoria dos atos de comércio. Seguindo a tradição legislativa brasileira, o Direito pátrio ainda distingue as sociedades empresárias das sociedades não-empresárias²⁷⁰.

Os conceitos de empresário e de sociedade empresária encontram-se insertos no art. 966 do Código Civil que dispõe: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços".

Em síntese, é empresário aquele que *exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*²⁷¹. O *exercício profissional* supõe uma habitualidade da atividade exercida. Se o empresário exerce uma *atividade* daí se depreende que a empresa é uma *atividade*. A atividade é *econômica* porque se objetiva o lucro. Por atividade econômica *organizada* entende-se a articulação de quatro fatores: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia. A atividade pode ser desenvolvida para a *produção* de bens e serviços, como ocorre na indústria ou na *circulação* dos mesmos, como ocorre no comércio. Ainda, a atividade pode se desenvolver sobre *bens ou serviços*.

Há quatro exceções - ao conceito - de atividades que não são consideradas empresárias e, portanto, não pode falir, nem pleitear recuperação judicial: (a) quem não se enquadra no conceito legal de empresário previsto no art. 966 do CC/02; (b) os exercentes de "profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa", conforme menciona o art. 966, parágrafo único do CC/02; (c) os exercentes de atividade rural, conforme art. 971 do CC/02; (d) as sociedades cooperativas, conforme art. 4º da lei n.º 5.764/71.

O Direito italiano faz distinção entre empresa²⁷² e pequena empresa²⁷³. Somente se considera empresa se preenchidos *todos* os elementos antes mencionados aplicados ao Direito brasileiro. Conforme se verifica na Itália, "o elemento qualificante da empresa é que a

²⁷⁰ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 82-83.

²⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10-11.

²⁷² Art. 2.082 do Código Civil italiano: "È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)."

²⁷³ Art. 2.083 do Código Civil italiano: "Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo (1647, 2139), gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia (2202, 2214, 2221)."

atividade se explica em um organismo econômico, que tem uma autonomia econômica própria e, isto é, uma funcionalidade própria, independentemente da pessoa que a criou ou que em um dado momento preside o seu funcionamento"²⁷⁴. A pequena empresa, por outro lado, se diferencia *quantitativa e qualitativamente*²⁷⁵. A principal diferença reside em que na pequena empresa, exerce-se a atividade "prevalentemente com o trabalho próprio ou dos componentes da família"²⁷⁶.

Na mesma linha, acentua Alfredo de Assis Gonçalves Neto que somente se pode falar em empresário ou sociedade empresária quando preenchidos todos os elementos previstos no art. 966 do CC/02. Assim, exemplificativamente, a ausência de organização de mão-de-obra impediria a decretação da falência ou a concessão de recuperação judicial²⁷⁷.

Em sentido oposto, Haroldo Verçosa segue lição de Vincenzo Buonocore e oferece maleabilidade à Teoria da Empresa para indicar, por exemplo, que a organização de mão-de-obra não é elemento indispensável à *atividade empresária*, podendo admitir-se empresa calcada exclusivamente no trabalho do empresário:

Não é elemento essencial da organização da atividade que ela seja feita com o concurso do trabalho de outras pessoas além do empresário. Suponha-se um caso-limite: um empresário individual ou uma sociedade empresária formada por dois únicos sócios exerce atividade inteiramente automatizada, seja por recorrer integralmente a robôs, seja pela utilização exclusiva de computadores, sem contar com qualquer empregado ou prestador de serviços. Mesmo assim deve ser

²⁷⁴ FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. 13. ed. Turim: UTET Giuridica, 2010. p. 43 - Original: "Elemento qualificante dell'impresa è che l'attività si esplica in un organismo economico, che ha una propria autonomia economica e cioè una propria funzionalità, indipendentemente dalla persona che lo ha creato o che in un dato momento presiede al suo funzionamento."

²⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43-44.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 45.

²⁷⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: RT, 2007. p. 67; no mesmo sentido ensina Alberto Asquini ao assinalar em relação ao Direito italiano que "não é, tampouco, empresário, quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal, seja de caráter material, seja de caráter intelectual" (ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 104. São Paulo: RT, out-dez de 1996. p. 114); Para Fábio Ulhoa Coelho, "o comerciante de perfumes que leva ele mesmo, à sacola, os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores explora atividade de circulação de bens, fá-lo com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio, mas não é empresário, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza mão-de-obra" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 12).

reconhecida a existência da empresa, desde que presentes os demais elementos essenciais.²⁷⁸

O convincente exemplo de Haroldo Verçosa expõe fragilidades da Teoria da Empresa, na medida em que, como já referido, esta encontra como premissa considerar *atividade empresária* aquela exercida independentemente dos seus sócios²⁷⁹.

De toda forma, desse conceito extrai-se que "se empresário é definido como o profissional exercente de 'atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços', a empresa somente pode ser a atividade com estas características"²⁸⁰. Logo, a empresa geralmente designa-se como uma *atividade*²⁸¹. Alberto Asquini vislumbrou que a empresa possui múltiplos perfis, a saber: subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo²⁸². Dentro do perfil funcional, identifica-se a empresa como uma atividade²⁸³, inclusive no Código Civil²⁸⁴. Daí o motivo de falar-se em "função social da atividade empresarial"²⁸⁵ e, por consequência, em preservação da *atividade* empresarial.

Com a recuperação judicial não se busca preservar os bens da empresa ou a pessoa dos sócios, mas sim a atividade empresarial.

²⁷⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, vol. 1. p. 144.

²⁷⁹ Em complemento, Alfredo de Assis Gonçalves Neto esclarece que este é o fundamento pelo qual, por exemplo, na Itália e no Brasil a atividade intelectual não é considerada empresária, na medida em que se supõe vínculo *personalíssimo* entre os contratantes e a impossibilidade de desvincular-se a atividade da pessoa do sócio (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade para o exercício de trabalho intelectual in ADAMEK, Marcelo Vieira von. Temas de Direito Societário e Empresarial contemporâneos: Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45-46). No entanto, a definição precisa da Teoria da Empresa seguramente extrapola aos objetivos desta obra, motivo pelo qual não se busca aqui um maior aprofundamento.

²⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10.

²⁸¹ PENTEADO, Mauro Rodrigues in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 101.

²⁸² ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 104. São Paulo: RT, out-dez de 1996. p. 109-126.

²⁸³ *Ibidem*. p. 116.

²⁸⁴ LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elementos de unificação no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003. p. 122-123.

²⁸⁵ *Ibidem*. p. 73.

3.1.5.3. A sociedade como feixe de contratos

A análise econômica do Direito, por viés diverso, também chega à conclusão de que a empresa deve ser protegida.

Economicamente, a empresa se comporta como um feixe de contratos²⁸⁶, sobre os quais não existe o interesse individual, mas uma grande quantidade de interesses entrelaçados. Tal compreensão aportou no Direito através da teoria institucionalista da sociedade²⁸⁷ e dos princípios da função social e da preservação da empresa²⁸⁸.

A empresa cumpre uma função na cadeia produtiva a que está submetida, visto que o esforço conjunto reduz custos e torna mais lucrativa determinada atividade²⁸⁹. Assim, "os

²⁸⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 13: "Coase mostrou que tudo o que é feito em uma empresa pode ser efetuado por intermédio do mercado com um conjunto (ou "feixe", como se prefere dizer) de contratos adequadamente desenhados" - ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 07: "Se a 'firma' pode ser entendida como um nexo de contratos, então problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia."

²⁸⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. IV, t. I. p. 04.

²⁸⁸ LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & função social*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 219: "A partir destas conceituações, Konder Comparato qualifica juridicamente o poder de comando da empresa como 'manifestação de soberania', servindo-se da noção de 'influência dominante'. Não obstante, reconhece que é idéia amplíssima que parece corresponder à própria noção de 'poder de controle', sendo conveniente destacar que a ordem constitucional atual no Brasil propaga intensamente e de modo difuso a função social da instituição-empresa, que atenderá os interesses da sociedade moderna, conforme dito acima.

Isso confirma a posição desta tese já que aqui se considera a empresa atual como um centro de convergência de interesses subjetivos: interesses do empresário, dos trabalhadores e mesmo do Estado. Não se trata de mero interesse na atividade econômica (como se verifica desde os tempos em que o Direito Comercial tinha como elemento nuclear o comerciante), mas na própria organização produtiva."

²⁸⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 14. Belo Horizonte: RDPE, abr-jun, 2006. p. 57: "Ainda que do ponto de vista fático seja possível que um bem ou serviço seja inteiramente produzido ou distribuído exclusivamente por uma pessoa e seus recursos materiais esta operação econômica se revelará certamente mais eficiente - ou seja, mais lucrativa e menos dispendiosa - se efetuada a partir do esforço conjunto e dos recursos materiais de diferentes pessoas, cada qual responsável por uma parte da cadeia produtiva." - No mesmo sentido consta em LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova Lei de falências e de recuperação de empresas in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 43: "O instituto da recuperação está baseado na constatação de que a reorganização eficaz dos negócios de uma empresa em dificuldade representa uma das principais formas de maximização do valor dos ativos e de proteção aos credores. Conseqüentemente, a resolução de uma insolvência via recuperação importa em menores perdas de bem-estar social, pois evita rupturas econômicas e interrupção de projetos de investimento."

economistas, de regra, concordam em que a integração de operações visa facilitar a produção²⁹⁰.

3.1.5.4. Ponderações sobre o princípio da preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa surgiu com especial força no Direito Falimentar, em razão de expressa previsão constante no art. 47 da Lei n.º 11.101/2005, recebendo forte adesão e observância pela jurisprudência.

Tal princípio tem sido utilizado para toda a sorte de decisões judiciais com a finalidade específica de proteger o devedor na falência e na recuperação judicial. Como exemplos, o STJ: impôs-se limite de valor mínimo do débito para pedir falência, mesmo na lei antiga que não continha tal previsão²⁹¹; mitigou a livre tramitação da execução fiscal para atribuir competência ao juízo universal sobre os atos de alienação²⁹²; impôs a análise dos direitos do credor fiduciário pelo juízo falimentar²⁹³; estendeu o prazo de suspensão de 180 dias das ações individuais movidas contra a devedora em recuperação judicial²⁹⁴.

²⁹⁰ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94.

²⁹¹ STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp n.º 997.234/SP, Rel. Desembargador Convocado Vasco Della Giustina, julgado em 15/03/2011, publicado em 21/03/2011: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE FALÊNCIA. ÉGIDE DO DL 7.661/45. DÉBITO DE PEQUENO VALOR. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dominante desta Corte Superior é no sentido de que a decretação da falência, mesmo na sistemática da antiga Lei de Quebras (DL 7.661/45), apenas pode se dar quando a dívida não paga representar um valor considerável, haja vista a incidência do princípio da preservação da empresa.
2. Agravo regimental a que se nega provimento."

²⁹² STJ, Segunda Seção, CC 114.987/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/03/2011, publicado em 23/03/2011: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1) Apesar de a execução fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º, §7º, da LF n. 11.101/05, art. 187 do CTN e art. 29 da LF n. 6.830/80), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.
2) Precedentes específicos desta Segunda Seção.
3) Conflito conhecido para declarar a competência do juízo de direito da 8ª Vara Cível de São José do Rio Preto - SP para a análise dos atos constitutivos sobre o ativo das empresas suscitantes."

²⁹³ STJ, Segunda Seção, CC 110.392/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 24/11/2010, publicado em 22/03/2011: "2. Na hipótese, porém, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra. É que o imóvel alienado fiduciariamente, objeto da ação de imissão de posse movida pelo credor ou proprietário fiduciário, é

Em contraposição, Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn esclarecem que não existe apenas a preservação da empresa devedora, mas também devem ser observados os credores, os quais também merecem preservação²⁹⁵. Veja-se que uma medida protetiva ao devedor pode, em alguns casos, representar uma nova crise econômico-financeira que seja gerada sobre algum dos credores, em especial quando estes orbitam sobre as atividades daquele. Prosseguem:

Por outro lado é de se indagar em que medida o critério função social é suficiente para manter uma empresa, sem condições econômicas objetivas de eficiência atuando. Basta, para tanto, a aprovação dos credores quanto ao plano apresentado? Têm eles "expertise" adequada para apreciar a viabilidade da atividade? Não seria de se considerar a possibilidade de danos à esfera subjetiva de outrem, terceiros inocentes que, de boa-fé, ao negociarem com essa empresa podem ser atingidos em seu patrimônio pela sua preservação? Só a manutenção de postos de trabalhos é

aquele em que situada a própria planta industrial da sociedade empresária sob recuperação judicial, mostrando-se indispensável à preservação da atividade econômica da devedora, sob pena de inviabilização da empresa e dos empregos ali gerados.

3. Em casos que se pode ter como assemelhados, em ação de busca e apreensão de bem móvel referente à alienação fiduciária, a jurisprudência desta Corte admite flexibilização à regra, permitindo que permaneça com o devedor fiduciante "bem necessário à atividade produtiva do réu" (v. REsp 250.190-SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, DJ 02/12/2002).

4. Esse tratamento especial, que leva em conta o fato de o bem estar sendo empregado em benefício da coletividade, cumprindo sua função social (CF, arts. 5º, XXIV, e 170, III), não significa, porém, que o imóvel não possa ser entregue oportunamente ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), caberá ao Juízo da Recuperação Judicial processar e julgar a ação de imissão de posse, segundo prudente avaliação própria dessa instância ordinária."

²⁹⁴ STJ, 1ª Seção, CC 79.170/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 10/09/2008, publicado em 19/09/2008: "2. Deve-se interpretar o art. 6º desse diploma legal de modo sistemático com seus demais preceitos, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, que preconiza: "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".

3. No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa."

²⁹⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 266: "Em tese imagina-se que a alocação de riscos deve recair sobre a parte que melhor possa suportá-los. Contudo, em face da crise da empresa, em medida transferir os ônus aos credores não produzirá efeito inverso, ou seja, o aumento do preço do crédito, a exigência de maiores garantias e, no limite, a recusa em negociar com pequenas e médias empresas?

Contratos de execução continuada são, segundo os economistas, na maioria, incompletos, dados os custos de transação elevados que seriam incorridos para prever, *ex ante*, todas as possíveis intercorrências que possam afetar as prestações das partes, estimular comportamentos oportunistas, o *free riding*. Soluções *ex post* que dependem de negociação ou renegociação entre partes serão, no caso da reorganização, sempre complexas. Sem que os credores percebam que o superávit gerado com a continuação da atividade será, de alguma forma, partilhado com eles pelo devedor, dificilmente o procedimento será bem-sucedido.

A assimetria de informação, que no caso alcança os julgadores, acentua o receio de que, a pretexto de salvar uma empresa em crise, dada sua "função social" se leve à mesma situação de crise outras empresas que, salvo essa intervenção, seriam viáveis."

razão suficiente para suportar a ineficiência? Em que medida se abole a responsabilidade individual por ato próprio, para onerar aquele que, diligentemente, se permite, sem pena de si mesmo, considerar ser o único responsável por seus sucessos ou fracassos? Justifica-se, perante a equidade, colocar em risco os demais participantes do mercado que podem ser atingidos pela preservação indevida de um organismo falsamente produtor de riquezas? Estas são perguntas para as quais não temos respostas. Contudo, se, quando a empresa é lucrativa, se admite a apropriação dos resultados, parece lógico que quem fica com o bônus deverá suportar eventuais ônus.²⁹⁶

A recuperação da empresa, dentro desta ótica, "tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada"²⁹⁷. Isto porque "se a sobrevivência de determinada organização empresarial em estado crítico não desperta o interesse de nenhum agente econômico privado (empreendedores ou investidores), então, em princípio, as suas perspectivas de rentabilidade não são atraentes quando comparadas com as das demais alternativas de investimento"²⁹⁸.

O STJ, ciente da necessidade deste cotejo, tem apresentado recentes precedentes em que observa que o princípio da preservação da empresa não serve para justificar toda e qualquer decisão em prol da manutenção da atividade empresarial²⁹⁹.

²⁹⁶ Ibidem. p. 285-286.

²⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.

²⁹⁸ Ibidem. p. 119.

²⁹⁹ STJ, Segunda Seção, AgRg no CC n.º 110.250/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/09/2010, publicado em 16/09/2010: "A meu ver, porém, há de se diferenciar as situações em que houve a aprovação do plano de recuperação judicial, daquelas em que, decorrido o prazo de 180 dias, tenha sido apenas deferido o processamento do pedido.

Nesse contexto, a exegese sistemática da Lei nº 11.101/05 deve ir além, não se limitando ao princípio da continuidade da empresa.

O termo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, guarda consonância com diversos outros prazos e procedimentos, tais como os dos arts. 53 e 56, §§ 1º e 4º, segundo os quais: (i) o plano de recuperação deverá ser apresentado em juízo no prazo improrrogável de 60 dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial; (ii) a realização da assembleia-geral de credores não excederá 150 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial; e (iii) rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

Constata-se, portanto, ter o legislador concatenado o período de suspensão de 180 dias com o trâmite do próprio pedido de recuperação, que deve primar pela celeridade e efetividade, com vistas a evitar maiores prejuízos aos trabalhadores e à coletividade de credores, bem como à própria empresa devedora.

Em outras palavras, fixou-se um termo de suspensão de 180 dias porque, pela sistemática da Lei nº 11.101/05, esse prazo seria mais do que suficiente para que o devedor apresente seu plano de recuperação, credores manifestem eventuais objeções, bem como seja realizada assembleia-geral para sua aprovação.

Com efeito, não podem os credores aguardar indefinidamente pela apresentação e aprovação de um plano de recuperação, sendo prejudicados pela inércia do devedor.

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

Desta forma, o princípio da preservação da empresa não está exclusivamente à disposição do devedor, mas serve, também, como proteção aos credores e demais interessados.

3.1.5.5. Ainda sobre o princípio da preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa, como se observa, é fruto de um influxo de teorias e conceitos que, de uma forma ou de outra, atribuem à empresa uma condição de elemento essencial ao desenvolvimento da economia e da sociedade.

Seja reconhecendo a sociedade como instituição, atribuindo função social à empresa ou considerando-a como feixe de contratos, tudo aponta para a importância de seu exercício e para a necessidade de sua preservação. Por outro lado, observa-se que não há um limite pré-estabelecido para a preservação da empresa. Sabe-se que ela deve existir, mas deve ser analisado - nos capítulos seguintes - até que ponto pode influenciar tal instituto na assembleia-geral de credores.

Para tanto, admitindo estar em crise econômico-financeira, tendo recorrido ao Poder Judiciário para requerer sua recuperação, a empresa já deve contar com um plano eficiente de reestruturação, a ser apresentado em juízo, e, principalmente, mostrar disposição de resolver o impasse o mais breve possível.

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

[omissis]

Certamente não é este o espírito norteador da Lei 11.101/05, que consagra o princípio da preservação da empresa enquanto meio de assegurar a função social desta, mas que tem como fim primordial garantir os direitos e interesses da coletividade de credores."

3.2. Breve descrição do funcionamento da assembleia-geral de credores para a aprovação do plano de recuperação judicial na Lei n.º 11.101/2005

A assembleia-geral de credores impõe-se novamente no Direito Falimentar brasileiro com a Lei n.º 11.101/2005, mesmo com as inúmeras críticas que o instituto sempre gerou perante a doutrina³⁰⁰.

Para desenvolver o estudo acerca da assembleia-geral de credores que aprecia o plano de recuperação judicial, é necessário que se faça um exame de como funciona o instituto jurídico.

3.2.1. Do pedido de recuperação judicial à instalação da assembleia-geral de credores para a apreciação do plano de recuperação judicial

Ao contrário do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, que permitia a homologação da concordata independentemente da anuência dos credores³⁰¹, a Lei n.º 11.101/2005 permite relevante intervenção dos mesmos, em especial na recuperação judicial³⁰². Da anuência dos credores depende diretamente o sucesso da atividade empresarial exercida pelo devedor.

³⁰⁰ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94-95: "A assembléia geral de credores sempre foi um órgão contestado, em virtude: a) da inconcussa autotutela, inspirada no Direito Romano, dos próprios direitos e interesses; b) das dificuldades práticas de reunir expressivo número de credores, sobretudo quando têm domicílio e sede fora do juízo da falência e da concordata; c) da indiferença da maioria dos credores, o que leva a um absentismo crônico; d) da incapacidade dos credores de exercer uma eficiente verificação dos atos dos administradores da falida e da concordatária e até mesmo do cumprimento, pelo síndico e pelo comissário, de suas relevantes funções e atribuições; e) das vultosas despesas de convocação, instalação e realização; f) dos pífios resultados dos conclaves etc."

³⁰¹ "Art. 144. Decorrido o prazo sem apresentação de embargos, será ouvido o representante do Ministério Público, no prazo de cinco dias, e, a seguir, os autos serão imediatamente conclusos ao juiz, que proferirá sentença, concedendo ou negando a concordata pedida."; No mesmo sentido, REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 24.

³⁰² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33-34.

3.2.1.1. Pedido de recuperação judicial

A recuperação judicial é submetida à apreciação do juízo através de pedido formulado pelo devedor³⁰³ empresário ou sociedade empresária³⁰⁴.

Na forma do art. 51 da Lei n.º 11.101/2005, cabe ao devedor instruir a petição inicial com: a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das *razões da crise econômico-financeira*; demonstrações contábeis dos últimos três exercícios sociais e outra especialmente levantada para a recuperação judicial; relação nominal dos credores; relação nominal dos empregados com apontamento de eventuais dívidas pendentes de pagamento; certidão de regularidade perante o Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; extratos atualizados das contas bancárias e de eventuais aplicações financeiras; certidões dos cartórios de protestos da comarca da sede e das filiais do devedor; relação de todas as ações judiciais em que figure como parte e estimativa dos valores demandados³⁰⁵.

³⁰³ Lei n.º 11.101/2005 - "Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente."

No Direito francês, antes do devedor ser submetido a uma recuperação judicial, o mesmo passa por um *período de observação* com a finalidade de realizar-se um diagnóstico e preparar um *plano de recuperação* (JEANTIN, Michel; CANNU, Paul Le. *Droit Commercial: entreprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 560).

³⁰⁴ DE LUCCA, Newton in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 29.

³⁰⁵ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

Modificação substancial imposta na recuperação judicial é o fato de não se trabalhar mais sobre as noções de insolvência, impontualidade ou inadimplemento. Atualmente usa-se o conceito de *crise econômico-financeira* da empresa, de difícil precisão conceitual³⁰⁶, o qual compreende uma análise de viabilidade do devedor³⁰⁷.

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

³⁰⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 131-132: "Há autores que fazem distinção entre crise econômico-financeira e insolvência. Aludem à primeira como percalços econômicos e financeiros de caráter geral. Referem-se à insolvência como sinônima de suspensão de pagamentos.

Para essa corrente, a distinção entre os conceitos apontados reside na maior gravidade da insolvência. Esta, com efeito, revela uma impotência patrimonial. Já as dificuldades econômico-financeiras são episódicas e, freqüentemente, removíveis. A diferença, portanto, se revelaria pela insuperabilidade da insolvência.

Entretanto, mesmo exteriorizando essas distinções, não deixam de reconhecer a imensa dificuldade que existe para estabelecer limites precisos entre as duas conjunturas, particularmente, quando a sua análise é posterior à falência. Também, ponderam que, na prática, insolvência e crise econômico-financeira interagem, estão interligadas."

³⁰⁷ GUIMARÃES, Maria Celeste Morais in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 366: "De início, devemos aplaudir a inovação da Lei nº 11.101/2005 no que concerne à definição da causa de pedir para a concessão da recuperação judicial. Os meios tradicionais de caracterização dos concursos de credores atêm-se às noções de *insolvência*, de *impontualidade* e de *inadimplemento*, perfeitamente ajustadas no cenário concursal de concepção privatística (relação devedor-credores) hodiernamente superadas pelo conceito do estado de *crise econômico-financeira* da empresa."

3.2.1.2. Deferimento do processamento da recuperação judicial

Cabe ao juiz apenas verificar a existência da documentação exigida pela Lei³⁰⁸. Assim, descabe ao magistrado analisar se o diagnóstico da crise foi bem verificado pelo devedor, visto que a análise deverá recair, em regra, sobre os credores³⁰⁹.

Estando em termos a documentação exigida pela Lei, será determinado o processamento da recuperação judicial³¹⁰, decidindo-se, na forma do art. 52, sobre diversas matérias, a saber: nomear o administrador judicial; dispensar a apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça as suas atividades; ordenar a suspensão de ações contra o

³⁰⁸ LOBO, Jorge *in* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157.

³⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146: "De qualquer forma, o juiz não está em condições de adentrar no mérito da exposição ao despachar a petição inicial de pedido de recuperação judicial. Desde que apresentado o diagnóstico, atende-se à lei. Se é verdadeiro ou falso, consistente ou vazio, isto somente no transcorrer do processo se poderá verificar. A veracidade e consistência da exposição das causas são, na verdade, condições necessárias ao convencimento dos órgãos da recuperação judicial acerca da viabilidade do plano. Se o requerente não se preocupou com a qualidade do diagnóstico apresentado ou sabia de suas insuficiências, a única consequência é a desmoralização de seu plano de recuperação, que pode não receber a aprovação dos credores, frustrando-se assim o objetivo do pedido."

³¹⁰ Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterà:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do caput deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

devedor (com algumas exceções); determinar ao devedor que apresente contas demonstrativas mensais; ordenar a intimação do Ministério Público e das Fazendas Públicas em que o devedor tiver estabelecimento; ordenar a expedição de edital contendo resumo do pedido de devedor, da decisão que defere o processamento da recuperação judicial, relação de credores e advertência sobre o prazo para que credores apresentem habilitação de crédito e objeção ao plano de recuperação judicial.

A decisão que defere o processamento da recuperação judicial, a exemplo de como sucedia na antiga concordata, é irrecurível³¹¹.

3.2.1.3. Plano de recuperação judicial

O devedor deverá apresentar o plano de recuperação judicial no prazo de 60 dias da publicação da decisão que defere o processamento³¹².

Ao contrário da antiga concordata que previa, basicamente, a moratória ou o desconto - e a combinação destes elementos - como forma de preservar a atividade empresarial, a recuperação judicial apresenta uma *lista exemplificativa*³¹³ constante no art. 50 facultando como *meios*: concessão de prazos e condições especiais para o pagamento de obrigações vencidas e vincendas; cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral ou cessão de cotas ou ações; alteração do controle societário; substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; aumento

³¹¹ Súmula n.º 264 do STJ: "É irrecurível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva."

³¹² Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

³¹³ SZTAJN, Rachel in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 233.

do capital social; trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; redução salarial, compensação de horários e redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiros; constituição de sociedade de credores; venda parcial dos bens; equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza; usufruto da empresa; administração compartilhada; emissão de valores mobiliários; constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

3.2.1.4. Objeção ao plano de recuperação judicial

O plano será publicado através de edital³¹⁴, concedendo-se prazo de 30 dias para que os credores apresentem objeção³¹⁵.

Viu-se que descabe ao juiz analisar a viabilidade econômica e financeira do plano de recuperação judicial, eis que cabe apenas aos credores tal análise³¹⁶.

Para Fábio Ulhoa Coelho "não cabe ao juiz apreciar o conteúdo da objeção ou decidila. A competência para tanto é de outro órgão da recuperação judicial: a Assembléia dos Credores... Desse modo, ao receber qualquer objeção, o juiz deve limitar-se a convocar a Assembléia"³¹⁷. Em sentido oposto, manifesta-se Márcio Guimarães ensinando acertadamente que "o oferecimento de objeção pelos credores não pode se dar de forma sucinta, apenas em uma petição indicativa da negativa do plano, sem qualquer fundamentação, sob pena de violação do novo sistema legal, devendo o credor, *prima facie*, exercer seu direito de forma

³¹⁴ Art. 53. [omissis]

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

³¹⁵ Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei.

³¹⁶ Para Márcio Guimarães, "Nota-se aqui, uma vez mais, o poder dos credores na determinação dos destinos dos empresários ou sociedades empresárias, não cabendo ao Ministério Público e ao juízo a análise da viabilidade econômica e financeira do plano de recuperação, mas tão-somente aos credores" (GUIMARÃES, Márcio *in* CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 396).

³¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 164.

responsável, sem a caracterização de abuso. Assim, defendemos que a objeção somente poderá ser apreciada quando oposta de forma fundamentada³¹⁸.

Acolhida a objeção, deverá ser convocada - pelo juiz - a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial³¹⁹.

3.2.1.5. Formalidades de convocação e instalação da assembleia-geral de credores

Após a convocação da assembleia-geral de credores, deverá ser publicado edital, por conta do devedor, com antecedência mínima de 15 dias da data designada, contendo: local, data e hora da assembleia em 1ª e em 2ª convocação com intervalo de, pelo menos, cinco dias entre as duas datas; a ordem do dia; local onde os credores poderão obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembleia. Cópia do aviso de convocação deverá ser afixada de forma ostensiva na sede e nas filiais do devedor.

A assembleia será presidida, necessariamente, pelo administrador judicial e secretariada por um dos credores presentes³²⁰. Fábio Ulhoa Coelho diverge e sustenta que "se ele [administrador] não estiver presente, com ou sem motivo justificável... o presidente será o credor presente que title o crédito de maior valor"³²¹. Modesto Carvalhosa entende que o administrador judicial não poderá presidir a assembleia nos casos em que ocorrer conflito de interesses³²². Em oposição, com razão esclarece Erasmo Valladão que as hipóteses

³¹⁸ GUIMARÃES, Márcio in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 390-391.

³¹⁹ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

³²⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 203.

³²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 90.

³²² Neste sentido: CARVALHOSA, Modesto in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 268.

vislumbradas pela doutrina de conflito de interesses - como o afastamento do administrador - não são passíveis de decisão pela assembleia³²³, tratando-se de equívoco doutrinário.

Admite-se a participação dos credores por instrumento de mandato, desde que o apresentem ao administrador judicial ou indiquem as folhas dos autos em que o mesmo se encontra, com antecedência de 24 horas da data prevista na convocação. Os sindicatos podem representar seus associados em créditos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho, desde que apresentem a relação dos representados 10 dias antes da data prevista. Havendo mais de um sindicato apto a representar, deverá o representado indicar, até 24 horas antes da data da assembleia, qual sindicato lhe representa, sob pena de não ser representado por nenhum deles³²⁴.

Todos os credores devem assinar a lista de presença até a instalação da assembleia. Em 1ª convocação, instala-se a assembleia com *quórum* de mais da metade dos credores de cada classe, computados por valor, e em 2ª com qualquer número de credores presentes. Do ocorrido na assembleia lavrar-se-á ata com o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de dois membros de cada classe votante, a ser entregue ao juiz no prazo de 48 horas³²⁵.

³²³ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *in* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 205.

³²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93-94.

³²⁵ Art. 37. A assembleia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes.

§ 1º Nas deliberações sobre o afastamento do administrador judicial ou em outras em que haja incompatibilidade deste, a assembleia será presidida pelo credor presente que seja titular do maior crédito.

§ 2º A assembleia instalar-se-á, em 1ª (primeira) convocação, com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor, e, em 2ª (segunda) convocação, com qualquer número.

§ 3º Para participar da assembleia, cada credor deverá assinar a lista de presença, que será encerrada no momento da instalação.

§ 4º O credor poderá ser representado na assembleia-geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.

§ 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembleia.

§ 6º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá:

I – apresentar ao administrador judicial, até 10 (dez) dias antes da assembleia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de um sindicato deverá esclarecer, até 24 (vinte e quatro) horas antes da assembleia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembleia por nenhum deles; e

3.2.2. Assembleia-geral de credores

Na assembleia-geral há três classes distintas de credores³²⁶, a saber: (a) créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (b) créditos com garantia real; (c) créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinado.

Quase toda assembleia-geral de credores tem como *quórum* de aprovação da ordem do dia - matéria objeto de deliberação - o voto favorável de mais da metade de todos os credores presentes, na forma do art. 42 da Lei n.º 11.101/2005, exceto: nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial; na indicação de representantes para o Comitê de Credores; na aprovação de forma alternativa de realização do ativo³²⁷. Dessa forma, para a deliberação sobre o plano de recuperação judicial em assembleia há requisitos especiais de aprovação em razão da matéria tratada³²⁸. Assim: nas classes "b" e "c" deve ser aprovado o plano pelos

II – (VETADO)

§ 7º Do ocorrido na assembléia, lavrar-se-á ata que conterà o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de 2 (dois) membros de cada uma das classes votantes, e que será entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

³²⁶ Que possuem a classificação definida no art. 83 da Lei n.º 11.101/2005.

Dispõe o art. 41 - "Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

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."

Segundo Manoel Justino Bezerra Filho, existe uma diferença de distribuição das classes entre a assembleia-geral de credores e o comitê de credores. Isso decorreria de erro do Deputado Ramez Tebet que esqueceu-se de modificar o art. 41 da Lei quando modificou o seu artigo 26 (BEZERRA FILHO, Manoel Justino *in* CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 388).

³²⁷ Art. 42. Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial nos termos da alínea *a* do inciso I do caput do art. 35 desta Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo nos termos do art. 145 desta Lei.

³²⁸ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

§ 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

credores que representem mais da metade dos créditos de cada classe e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes; na classe "a" deve ser aprovado o plano pela maioria simples dos credores presentes, independente do valor do crédito.

Durante a assembleia-geral de credores, o plano de recuperação judicial pode ser modificado, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes³²⁹.

Caso não sejam alcançados os percentuais mínimos indicados para a aprovação do plano de recuperação judicial, dispõe o art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005³³⁰ que o juiz *poderá*³³¹ conceder a recuperação judicial, contanto que, cumulativamente: (a) haja voto favorável de mais da metade de todos os credores presentes; (b) somente uma das classes tenha rejeitado e tenha obtido, ao menos, 1/3 de votos favoráveis³³². A Lei ressalva, ainda,

³²⁹ Art. 56...

§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

³³⁰ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

³³¹ Para Silvânio Covas, trata-se de um poder discricionário do juiz para conceder a recuperação judicial com base no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005. (COVAS, Silvânio *in* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 306). Adiante se verá a matéria em contornos mais precisos.

³³² No tocante ao mínimo de 1/3 a jurisprudência já se manifestou em diversas oportunidades assinalando que havendo credor único na classe, pode ser dispensado este mínimo. Neste sentido: "Recuperação judicial - Plano aprovado pela unanimidade dos credores trabalhistas e pela maioria dos credores da classe III do art. 41 e rejeitado por credor único na classe com garantia real - Concessão da recuperação judicial pelo juiz - Agravo de instrumento interposto pelo credor único, com garantia real - Preenchimento indiscutível do requisito do inciso II do § 1º do art. 58 (aprovação por duas classes) - Preenchimento, também, do requisito do inciso I do § Iº do art. 58 (voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes) - Requisito do inciso III do § 1º do art. 58 que jamais será preenchido, no caso de credor único que rejeite o plano, consagrando o abuso da minoria - Hipótese não cogitada pelo legislador e pelo cram down restritivo da lei brasileira? Juiz que, não obstante, não se exime de decidir, alegando lacuna na lei - Inteligência do disposto no art. 126 do CPC, aplicável supletivamente ao caso (art. 189 da nova LFR) - Inexistência de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe? Falta de legitimidade recursal quanto à dispensa de certidões negativas fiscais, além do que, no sentido da r. decisão combatida, existe

que não poderá ser concedido *tratamento diferenciado* entre os credores da classe que houver rejeitado o plano.

Não preenchidos os requisitos previstos no art. 58, § 1º, a rejeição ao plano importará em convalidação da recuperação judicial em falência³³³, nos termos do art. 56, § 4º³³⁴ e 73, III³³⁵ da Lei n.º 11.101/2005.

Com as sucintas considerações sobre o funcionamento da assembleia-geral de credores na lei n.º 11.101/2005, torna-se possível aprofundar a sua análise.

caudalosa jurisprudência desta Câmara - Decisão de concessão mantida - Agravo de instrumento não provido." (TJ-SP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento n.º 0342925-26.2009.8.26.0000, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 18/08/2009)

³³³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 115: Fábio Ulhoa Coelho sustenta ser indevida a automática vinculação entre indeferimento da recuperação e convalidação em falência. Em síntese afirma que "A lei atual vincula o indeferimento da recuperação judicial à decretação da falência, tal como a anterior vinculava o da concordata à quebra do devedor.

Aparentemente, o argumento em prol da vinculação é lógico e inquestionável. O devedor não se arriscaria a pedir a recuperação judicial caso não estivesse realmente necessitado do benefício, tendo em vista o risco de decretação da falência. Esse pressuposto, contudo, é falso, como demonstrou a amarga experiência com a chamada "indústria da concordata".

Principalmente quando eram altos os índices de inflação e os Tribunais se apegavam a esdrúxulas fundamentações para negar a correção monetária dos débitos do impetrante da concordata, muitos devedores enriqueceram usando fraudulentamente o instituto. Em nenhum momento o risco de ver sua falência decretada os assustou ou inibiu... A "indústria da concordata" existia e prosperava porque ao juiz não era dada, pela lei, a alternativa de denegar o benefício *sem* decretar a falência.

O modelo brasileiro da recuperação judicial é vulnerável porque, ao manter a vinculação entre indeferimento do benefício e de decretação da falência, cria o ambiente propício ao nascimento da "indústria da recuperação judicial". O credor, na Assembléia em que estiver em votação o Plano de Recuperação Judicial, tenderá a aprovar qualquer *rabisco malfeito*, porque se não o fizer, o juiz terá que decretar a falência do devedor."

³³⁴ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

³³⁵ Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

4. CRITÉRIOS PARA A PARTICIPAÇÃO DOS CREDORES NA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES PARA A ANÁLISE DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Questão relevante para a assembleia-geral de credores é o esclarecimento de quais credores são aptos a votar e qual o peso de cada voto, em especial porque a modificação do quadro-geral de credores pode influenciar diretamente no resultado da votação.

Adiante se verá que temos oito classificações de credores - conforme art. 83 da Lei n.º 11.101/2005. Alguns créditos não participam da recuperação judicial por não se enquadrarem na classificação. Outros se enquadram, mas não são exigíveis. Outros se enquadram, são exigíveis, participam, mas não conferem direito a voto. Por fim, temos créditos exigíveis, que participam da recuperação e conferem direito a voto.

Assim, importa definir os credores aptos a votar em assembleia e o valor de seus votos.

4.1. Definição dos credores *a priori* aptos a participar da assembleia-geral de credores

Algumas classes de credores jamais votam na assembleia-geral de credores que analisa o plano, seja porque não se sujeitam à recuperação judicial, seja porque restam impedidos de votar.

Na Alemanha, o plano pode organizar os credores em grupos, os quais são formados justamente para a votação. Cada grupo vota individualmente e "o princípio da *par conditio creditorum* passa a ter aplicação dentro dos grupos de credores" visto que não se admite tratamento diferenciado³³⁶. Para a formação dos grupos, devem ser observados alguns critérios separando-se: os credores da insolvência (classe geral); os credores com garantia (se atingidos pelo plano); os credores da insolvência subordinados; os credores trabalhistas (caso o montante total não seja considerado irrelevante)³³⁷. Dentro dos grupos podem ser formados

³³⁶ COROTTO, Suzana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão*. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 106.

³³⁷ *Ibidem*. p. 106.

novos subgrupos com credores que tenham a mesma situação jurídica³³⁸. O credor único também pode ser considerado "grupo"³³⁹.

Na Itália, a proposta pode prever "a subdivisão dos credores em classes, conforme posição jurídica e interesses econômicos homogêneos"³⁴⁰ desde a reforma falimentar de 2005³⁴¹. As duas classes tradicionais são privilegiados e quirografários³⁴². O plano pode prever "tratamentos diferenciados entre credores pertencentes a classes diversas, indicando as razões dos tratamentos diferenciados dos mesmos. O tratamento diferenciado em qualquer classe significa que não são admitidos tratamentos distintos entre os credores de uma mesma classe"³⁴³.

O art. 83 da Lei n.º 11.101/2005 prevê a existência de oito classes de credores na falência, a saber: (I) os créditos derivados da legislação do trabalho e os decorrentes de acidentes de trabalho; (II) créditos com garantia real; (III) créditos tributários, excetuadas as multas tributárias; (IV) créditos com privilégio especial, assim definidos em lei; (V) créditos com privilégio geral, assim definidos em lei; (VI) créditos quirografários; (VII) as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; (VIII) créditos subordinados, entendidos como os previstos em lei ou em contrato, bem como os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício³⁴⁴.

³³⁸ Ibidem. p. 107.

³³⁹ Ibidem. p. 108.

³⁴⁰ PACCHI, Stefania. Il concordato fallimentare in BERTACCHINI, Elisabetta; GUALANDI, Laura; PACCHI, Stefania; PACCHI, Gaetano; SCARSELLI, Giuliano. *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milão: Giuffrè, 2007. p. 363: "la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei."

³⁴¹ FIALE, Aldo. *Diritto Fallimentare*. 16. ed. Nápoles: Simone, 2008. p. 297.

³⁴² PACCHI, Stefania. Il concordato fallimentare in BERTACCHINI, Elisabetta; GUALANDI, Laura; PACCHI, Stefania; PACCHI, Gaetano; SCARSELLI, Giuliano. *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milão: Giuffrè, 2007. p. 363.

³⁴³ Ibidem. p. 363: "Trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi. Il trattamento differenziato per ciascuna classe significa intanto che non sono consentiti trattamenti diversi tra i creditori di una stessa classe."

³⁴⁴ Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

O art. 49 da Lei n.º 11.101/2005³⁴⁵ informa que somente participam da recuperação judicial os créditos *existentes na data do pedido, ainda que não vencidos*. No mesmo dispositivo legal, insere-se como não submetidos aos efeitos da recuperação o "credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber:

a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

a) os assim previstos em lei ou em contrato;

b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

§ 1º Para os fins do inciso II do caput deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado.

§ 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

§ 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência.

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

³⁴⁵ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º 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 art. 6º desta Lei.

de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio", bem como o adiantamento a contrato de câmbio para exportação constante no art. 86, II da Lei n.º 11.101/2005³⁴⁶. Quanto a este último, explica Rachel Sztajn que "excluí-los do Plano de Recuperação Judicial constitui reconhecimento de que se trata de crédito com destinação específica"³⁴⁷. Nessas duas hipóteses, a Lei considera que tais créditos não participam da recuperação judicial - ou da falência - porque se fundam em bens que não pertencem ao devedor. José da Silva Pacheco esclarece que as hipóteses de propriedade fiduciária, arrendamento mercantil, contratos de venda de imóvel com cláusula de irrevogabilidade e de reserva de domínio implicam na inexistência de uma garantia real, porque os bens pertencem ao credor³⁴⁸. Quanto ao adiantamento de contrato de câmbio de exportação, como forma de facilitar o financiamento das exportações do país³⁴⁹, criou-se mecanismo que - por ficção jurídica - concede a tais quantias a característica de propriedade de terceiros, passíveis de restituição em vez de declaração de crédito.

Também não participa do processo de recuperação judicial o crédito tributário³⁵⁰, visto que a Lei n.º 11.101/2005 prevê que as execuções fiscais não serão suspensas com o deferimento da recuperação judicial³⁵¹. Recai, ainda, sobre o devedor o dever de apresentar certidão negativa de débitos tributários no momento em que for aprovado o plano de

³⁴⁶ Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

³⁴⁷ SZTAJN, Rachel *in* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 230.

³⁴⁸ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 118-122.

³⁴⁹ *Ibidem*. p. 219.

³⁵⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi *in* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 283.

³⁵¹ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

recuperação judicial³⁵². Assim, a Fazenda Pública não toma parte, e, por consequência, não vota na assembleia-geral de credores³⁵³.

O art. 41 da Lei n.º 11.101/2005 prevê um total de seis classes de credores deixando de prever aquela constante no art. 83, VII da mesma Lei para "as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias". Tais créditos são passíveis de habilitação e de votação na recuperação judicial, mas somente na classe original do crédito - do qual a multa se destacaria -, exceto o de natureza tributária, porque não participa da recuperação judicial. Portanto, se existe um contrato classificado como crédito quirografário e uma multa contratual decorrente do mesmo contrato, não se classifica a multa separadamente, nem deixa de ser computada para fins de votação. Apenas será considerada quirografária, juntamente com o montante principal. Assim, participa da recuperação e confere direito a voto.

Dessa forma, por exclusão, somente têm direito a voto as seguintes classes: (a) os créditos derivados da legislação do trabalho e os decorrentes de acidentes de trabalho; (b) créditos com garantia real; (c) créditos com privilégio especial; (d) créditos com privilégio geral; (e) créditos quirografários; (f) créditos subordinados, entendidos como os previstos em lei ou em contrato, bem como os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Dentro dessa classificação, há possibilidade de se tratar de crédito inexigível ou sem direito a voto.

³⁵² Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

No mesmo sentido: "5. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembleia-geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005)." (STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 112.646/DF, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 11/05/2011, publicado em 17/05/2011)

³⁵³ Em sentido oposto, no Bankruptcy Code americano consta expressa previsão de que o Secretário do Tesouro pode aceitar ou rejeitar o plano: "§ 1126. Acceptance of plan

(a) The holder of a claim or interest allowed under section 502 of this title may accept or reject a plan. If the United States is a creditor or equity security holder, the Secretary of the Treasury may accept or reject the plan on behalf of the United States."

4.2. Créditos inexigíveis na recuperação judicial

O Dec-lei nº 7.661/1945 excluía da falência as prestações alimentícias e as penas pecuniárias por infração de leis penais e administrativas. Pela Lei n.º 11.101/2005 tais créditos participam da falência.

No tocante às prestações alimentícias, Fábio Ulhoa Coelho reprovou a inclusão de tais valores na falência³⁵⁴. Na sua ótica, o pressuposto da legislação anterior era de que a falência “devia ser suportada por todos os seus dependentes, para que se dispensasse tanto àquele que havia cumprido suas obrigações com os familiares como o que havia fugido delas de modo igual”. Assim, ao se admitir na Lei n.º 11.101/2005 que o credor de alimentos concorra na falência “acaba incorrendo numa inversão de valores”. Ainda, conclui que os empresários individuais representam hoje parcela insignificante da economia e que a “infeliz inversão de valores” não terá relevância prática. Contudo, deve-se observar que há prestações alimentícias derivadas de relações de parentesco e de atos ilícitos, no que devem ser analisadas separadamente.

Pode haver equivocado pedido de declaração de crédito decorrente de pensão alimentícia em razão de parentesco na medida em que há hipóteses em que se confundem os patrimônios da empresa e dos seus sócios (arts. 81 e 82 da Lei n.º 11.101/2005)³⁵⁵. Contudo, a questão merece ser melhor delineada para compreender a controvérsia posta na doutrina.

³⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33.

³⁵⁵ Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

§ 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

A antiga lei de falências afastava expressamente a declaração de crédito decorrente de *prestações alimentícias*³⁵⁶ que, na ótica dos Tribunais, relacionava-se com aquelas decorrentes de atos ilícitos³⁵⁷. A nova lei de falências não exclui tal exceção, cabendo, em tese, declaração de crédito tanto de pensões alimentícias decorrentes de parentesco, quanto as decorrentes de atos ilícitos.

Mauro Rodrigues Penteado sustenta que tanto as pensões alimentícias derivadas de parentesco, quanto as decorrentes de ato ilícito, concorrem igualmente nos processos de falência e recuperação judicial³⁵⁸.

As pensões decorrentes de atos ilícitos são habitualmente admitidas na falência e não há maiores controvérsias a este respeito. Por sua vez, as pensões decorrentes de parentesco parecem não se coadunar com a sistemática falencial.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

³⁵⁶ Decreto-Lei n.º 7.661/1945 - Art. 23. Ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis, alegando e provando os seus direitos.

Parágrafo único. Não podem ser reclamados na falência:

I - as obrigações a título gratuito e as prestações alimentícias;

[omissis]

³⁵⁷ TJ-RS, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70013619648, Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 24/08/2006, publicado em 04/10/2006

"FALÊNCIA. AÇÃO DE HABILITAÇÃO RETARDATÁRIA. CRÉDITO ORIUNDO DE CONDENAÇÃO DA FALIDA, TRANSITADA EM JULGADO, EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA CONCEDIDA À DEMANDANTE GARANTIDA POR CAUÇÃO REAL. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DESSE PENSIONAMENTO, NA FALÊNCIA, MÊS A MÊS. APURAÇÃO DO VALOR REFERENTE ÀS PARCELAS VINCENDAS CONFORME EXPECTATIVA MÉDIA DE VIDA DA POPULAÇÃO.

Sendo a autora credora da falida de uma pensão mensal vitalícia, decorrente de condenação transitada em julgado em ação de reparação de danos por acidente de trânsito, tem direito a habilitar seu crédito na falência, desde que respeitado o concurso universal de credores. Impossibilidade de pagamento do pensionamento mês a mês, pena de subversão ao princípio da *par conditio creditorum*. Pensão garantida por caução real (art. 102, I, do Decreto-lei n.º 7.661/45). Pagamento das parcelas vincendas que se dará, mediante rateio, apurando-se o quantum que seria recebido em vida pela autora, observada a expectativa média de vida da população. Insurgência apenas no que se refere ao *dies ad quem* do pensionamento. Expectativa média de vida do gaúcho, segundo dados atuais constantes do site da Fundação de Economia e Estatística ligada à Secretaria da Coordenação e Planejamento do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, de 73,4 anos. Adoção, no caso em concreto, de meio termo entre a proposta da autora e os dados estatísticos – 78 (setenta e oito) anos.

DERAM PROVIMENTO EM PARTE."

³⁵⁸ PENTEADO, Mauro Rodrigues in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 132.

Sustentam Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn que a obrigação de alimentos cessa com a declaração de insolvência:

Com relação aos alimentos, porém, a questão não é tão simples, O fato de a lei não prever sua exclusão, na atual redação (art. 5º da LRE), autorizaria pudessem ser pedidas na falência do empresário individual? O não pagamento de alimentos autorizaria o pedido de falência?

...

Mas é linear que, se o alimentante tornou-se insolvente, *ex vi* do disposto na forma do art. 1.694, § 1º, CCB, sua obrigação cessou, ainda quando exista sentença condenando-o a tanto. A regra no caso é a da congruência entre necessidade do alimentado e disponibilidade de recursos do alimentante. Tanto assim que poderá ingressar com um pedido de exoneração de pensão alimentícia e liberar-se do encargo.

Situação distinta é a do devedor que, no afã de tutelar seus dependentes não se opõe a que estes peçam os alimentos devidos. Neste ponto o entendimento da doutrina atual é de que, quer derivem de ato ilícito, quer da relação de parentesco, são devidos e podem ser declarados como créditos na falência.³⁵⁹

No entanto, ao menos dois são os problemas que se observam na declaração de crédito decorrente de pensão alimentícia decorrente de parentesco: (a) admite-se a execução do crédito alimentar decorrente de parentesco, sob pena de prisão (art. 733 do CPC³⁶⁰), com a concepção de que há necessidade de pagamento do crédito mesmo que não haja patrimônio³⁶¹, com o que se distancia do Direito Falimentar, onde somente deve haver pagamento de qualquer crédito na medida em que haja patrimônio; (b) com a finalidade de assegurar pagamento, admite-se menor extensão do regime de impenhorabilidade para permitir o adimplemento forçado, por exemplo, com o salário do alimentante.

Mesmo que o falido não tenha qualquer patrimônio, ainda assim seria possível que lhe fosse dado prestar auxílio ao alimentando/parente em razão de, por exemplo, ainda receber salário. Mantém-se a análise do binômio necessidade/possibilidade própria da ação de

³⁵⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 23-24.

³⁶⁰ Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. § 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977) § 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

³⁶¹ Sabe-se que o binômio necessidade/possibilidade para a fixação de alimentos não leva em conta o patrimônio do alimentante, mas a sua capacidade de pagamento. Por exemplo, pode o alimentante receber proventos de aposentadoria em valor elevado e ser declarado pessoalmente falido. Mesmo que não tenha patrimônio arrecadável - e, portanto, penhorável -, ainda terá capacidade de pagamento de pensão alimentícia em razão dos proventos percebidos.

alimentos cabendo regular o pensionamento por esta via, em vez de simplesmente extinguir a obrigação na forma prevista no Direito Falimentar.

No tocante à análise da pensão por parentesco, a jurisprudência posiciona-se, de uma forma geral, pela possibilidade de manutenção de prestação alimentícia apesar do estado de insolvência³⁶².

Em razão da pensão decorrente de ato ilícito devido pela empresa falida, natural que seja o crédito aportado no processo falimentar.

Questões interessantes surgem no caso de pensão devida por ilícito praticado pelo sócio de responsabilidade ilimitada da sociedade que faliu. Da mesma forma que todos os créditos particulares dos sócios devem ser integrados aos da massa falida - já que os sócios também são considerados falidos -, tal fato poderia servir para encerrar uma obrigação que lhe acompanharia por toda uma vida. Por hipótese, imagine-se que um sócio tenha atropelado uma pessoa, sendo fixada pensão vitalícia em decorrência da perda de capacidade produtiva. Ao que cometeu o ilícito poderia ser até interessante abrir uma empresa e provocar a sua falência com responsabilização pessoal com o fito de extinguir a obrigação que lhe acompanharia de forma vitalícia.

A lei expressamente inadmite nas falências e nas recuperações as obrigações a título gratuito, bem como as despesas que os credores fizerem para tomar parte no processo de recuperação ou falencial, salvo as custas decorrentes de litígio com o devedor.

As obrigações a título gratuito foram excluídas da participação com o sentido de evitar que os poucos recursos fossem retirados da disponibilidade das dívidas originadas de negócios jurídicos onerosos ou aqueles de natureza pública. Trata-se da compreensão de ser incompatível a mera liberalidade com as situações de crise econômico-financeira ou de insolvência do devedor.

³⁶² TJ-RS, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70023093487, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, julgado em 18/09/2008

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. INSOLVÊNCIA CIVIL. REVOGAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA AOS FILHOS DOS INSOLVENTES. POSSIBILIDADE. ATINGIDA A MAIORIDADE E COM PLENAS CONDIÇÕES DE SUSTENTO, NÃO CABE À MASSA SUSTENTAR OS FILHOS DOS INSOLVENTES. AGRAVO DESPROVIDO, POR MAIORIA."

As despesas decorrentes da participação nos processos de falência e de recuperação judicial são excluídas de possível habilitação. Entendeu o legislador que não caberia ao devedor ressarcir as custas despendidas pelos credores quando sequer é facultado fazer o pagamento do crédito de imediato sem alguns procedimentos prévios.

Ao contrário das custas decorrentes da participação nos processos de falência e de recuperação judicial, como é o caso da habilitação retardatária, as despesas incorridas em litígios contra o devedor podem ser postuladas. Ocorre que o devedor, mesmo na falência, não está obrigado a resistir à ação formulada em juízo, impondo-se que arque com os custos da sucumbência.

A antiga lei falimentar não admitia a habilitação de penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas, como era o caso das multas tributárias por impontualidade³⁶³. A Lei n.º 11.101/2005 admite o pagamento de tais créditos na classe dos subordinados (art. 83, VII).

4.3. Credores que participam da recuperação judicial sem direito a voto na assembleia-geral de credores

Definir quais credores podem votar é uma questão que tem importância relevante como definir se o credor participa da recuperação judicial.

O art. 37, §2º da Lei n.º 11.101/2005 dispõe que "a assembléia instalar-se-á, em 1ª (primeira) convocação, com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe".

No art. 39, §1º da Lei n.º 11.101/2005 vedou-se que os credores mencionados nos §§ 3º e 4º do art. 49 tenham direito de voto e sejam contados para o *quórum* de instalação da assembleia. Ocorre que os credores mencionados - hipóteses de propriedade fiduciária, arrendamento mercantil, contratos de venda de imóvel com cláusula de irrevogabilidade, de reserva de domínio e de adiantamento de contrato de câmbio - não têm direito de voto porque são excluídos de participar da recuperação judicial, embora possam ser afetados pelos seus

³⁶³ Ressalva-se que as multas tributárias apenas participam no caso de falência.

efeitos. Não se trata de credor que participa da recuperação judicial com direito a voto, mas sim de credor que sequer toma parte no processo recuperatório.

O art. 43 da Lei n.º 11.101/2005³⁶⁴ elenca cinco hipóteses de credores que podem se habilitar na recuperação, mas não podem votar, a saber: (a) os sócios do devedor; (b) as sociedades coligadas, controladoras e controladas; (c) as sociedades que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor; (d) as sociedades em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social; (e) o cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções.

Outrossim, dispõe o 10, §§ 1º e 2º da Lei n.º 11.101/2005³⁶⁵ que não possuem direito a voto na assembleia-geral os credores que apresentaram habilitação de crédito retardatária, excetuados os de natureza trabalhista³⁶⁶. Entende-se por retardatária a habilitação entregue após o 15º dia da publicação do edital previsto no art. 7º, §1º da Lei n.º 11.101/2005³⁶⁷.

³⁶⁴ Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções.

³⁶⁵ Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art. 7º, § 1º, desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias.

§ 1º Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembleia-geral de credores.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo ao processo de falência, salvo se, na data da realização da assembleia-geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário.

³⁶⁶ MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, vol. IV. p. 109: "Mesmo retardatário, o credor poderá assistir; não poderá, isto sim, tomar parte nos debates e votar nas deliberações."

³⁶⁷ Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas.

§ 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

Igualmente, não possui direito de voto o credor que não tenha as condições originais de seu crédito alteradas pelo plano de recuperação judicial. Para tal hipótese, é uma falsa presunção a de que o credor não será afetado pelo plano de recuperação judicial:

O legislador não outorgou direito de voto ao credor não sujeito ao plano de recuperação judicial em razão de não ter sido seu crédito alterado nem quanto ao valor e nem quanto às condições originais de pagamento.

A presunção legal de que esse tipo de credor não tem interesse para votar o plano de recuperação judicial aparentemente é justificável, todavia, embora não estando o crédito sujeito aos efeitos diretos da recuperação judicial, todos os credores sofrem indiretamente os influxos desse acordo de credores, uma vez que se o plano for mal elaborado e executado, a consequência poderá ser a falência do devedor, que pode inclusive redundar em não pagamento do crédito.³⁶⁸

Tais credores mencionados poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quórum de instalação³⁶⁹. Mesmo que não possam votar, ainda lhes é conferido o direito de voz para que se manifestem e façam proposições³⁷⁰.

4.4. Formação do quadro-geral de credores, direito de voto e invalidação de assembleia-geral: compatibilização dos arts. 39 e 40 da Lei n.º 11.101/2005

Toda a recuperação judicial tem a obrigação de conter uma relação de credores - denominada de quadro-geral de credores -, a qual pode derivar de três circunstâncias diversas: lista elaborada pelo devedor no momento em que é apresentado o pedido de recuperação judicial³⁷¹; declaração de crédito feita pelo credor³⁷²; impugnação dos créditos habilitados

³⁶⁸ ANDRADE, Ronaldo Alves de *in* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 199.

³⁶⁹ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 103.

³⁷⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão A e N. *in* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 216.

³⁷¹ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; Dúvida razoável surge em saber se essa lista apresentada pelo devedor não pode ser retificada posteriormente, evitando que se proponham habilitações quando o pressuposto de litigiosidade inexistente, mas mero erro material.

feita pelos demais credores, pelo Comitê de Credores, pelo devedor ou seus sócios ou pelo Ministério Público³⁷³.

Assim, quando o devedor apresenta o pedido de recuperação judicial, anexa um rol de credores (art. 51, III e IV). Essa relação é publicada (art. 7º, §1º). Os credores que não foram contemplados na relação inicial podem apresentar declaração de crédito na forma dos arts. 9º a 20 da Lei de Falências. Após, cabe ao administrador judicial elaborar nova lista de credores consolidando as informações e as publicando, na forma do art. 7º, §2º. Os créditos constantes da lista podem ser impugnados no prazo de 10 dias (art. 8º). Não havendo impugnações, será homologado o quadro-geral de credores (art. 14). Havendo impugnações, estas serão julgadas e será consolidado e publicado o quadro-geral de credores (art. 18). Após, através do procedimento ordinário poderá ser modificado o quadro-geral de credores (arts. 10, §6º e 19). Durante todas essas fases, pode o credor de crédito ilíquido, impugnado ou ainda não reconhecido postular a reserva de seu crédito (arts. 6º, §3º, 10, §4º e 16).

Descabe descrever pormenorizadamente - face à delimitação desta pesquisa - quais são todos os procedimentos para habilitar um determinado crédito na recuperação judicial ou a classificação cabível. Contudo, cabe compreender que o quadro-geral de credores é formado e pode sofrer sucessivas alterações - antes e após a sua formação -, motivo pelo qual o legislador impõe a publicação de mais de um edital dando ciência do rol de créditos habilitados.

Por essa razão, o art. 39 da Lei n.º 11.101/2005 dispõe quais são os critérios para voto na assembleia-geral levando em consideração as sucessivas modificações do quadro-geral de credores:

Art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

³⁷² GUERREIRO, José Alexandre Tavares in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 151-153.

³⁷³ *Ibidem*. p. 147-150.

Em síntese, estarão habilitados para votar na assembleia-geral de credores da recuperação judicial as pessoas mencionadas no quadro-geral de credores. Inexistindo, com base na relação formada pelo art. 7º, §2º. Inexistindo, com base na relação apresentada pelo devedor (art. 51, III e IV). Em qualquer caso, deve ser admitido a votar qualquer credor: com crédito reconhecido em habilitação; admitidos ou alterados por decisão judicial; que tenham obtido reserva de crédito.

Surge controvérsia especificamente sobre a possibilidade ou impossibilidade de invalidação de assembleia em razão dos arts. 39, §§ 2º e 3º e 40 da Lei n.º 11.101/2005³⁷⁴ que especificam que "não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos", bem como "não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos".

Em razão da redação destes dois artigos - que visam a evitar a anulação da assembleia em razão da existência, da quantificação ou da classificação de créditos - sobrevieram críticas de Modesto Carvalhosa, para quem "mais uma vez, caberá à jurisprudência reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta ao disposto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal"³⁷⁵. No mesmo sentido, exemplificativamente, Mauro Rodrigues Penteado refere-se ao artigo 40 como "um muito curioso dispositivo, de constitucionalidade duvidosa"³⁷⁶, Jairo Saddi entende que é um dispositivo de "legalidade suspeita"³⁷⁷ e Ronaldo Alves de Andrade o compreende como *inconstitucional*³⁷⁸.

³⁷⁴ Art. 39...

§ 2o As deliberações da assembléia-geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos.

§ 3o No caso de posterior invalidação de deliberação da assembléia, ficam resguardados os direitos de terceiros de boa-fé, respondendo os credores que aprovarem a deliberação pelos prejuízos comprovados causados por dolo ou culpa.

Art. 40. Não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembléia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos.

³⁷⁵ CARVALHOSA, Modesto in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 284.

³⁷⁶ PENTEADO, Mauro Rodrigues in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 70.

³⁷⁷ SADDI, Jairo. O comitê e a assembléia de credores na nova Lei falimentar in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin,

Em contraposição, acertadamente, ensina Erasmo Valladão que tais dispositivos não tem sido bem compreendidos e "tem sido injustamente apodado de inconstitucional":

Esse artigo [art. 40] tem sido injustamente apodado de inconstitucional, em razão de suposta violação ao art. 5º, XXXV, da Carta Magna ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Injustamente, porque a Lei 11.101 *assegura aos credores* - na hipótese de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos - *a participação na Assembléia*. Com efeito, se o juiz deixa de reconhecer um crédito, ou quantifica-o abaixo do valor pretendido pelo credor, ou ordena a sua classificação em outra classe, o credor poderá agravar, prevendo o parágrafo único do art. 17, que, "recebido o agravo, o relator poderá conceder efeito suspensivo à decisão que reconhece o crédito ou *determinar a inscrição ou modificação do seu valor ou classificação no Quadro-Geral de Credores, para fins de exercício de direito de voto em Assembléia-Geral*". Assegurada ficará, assim, a participação do credor no conclave. O que a Lei 11.101 salutarmente proíbe é que, em razão de discussão acerca de crédito, venha a ser ordenada a *suspensão* ou *adiamento* da Assembléia - medidas que não fariam nenhum sentido se, por outro meio, já se possibilita que o credor participe da mesma. Assim como poderá o credor impugnante de crédito, por exemplo, em caso de rejeição da impugnação, solicitar ao Tribunal que dê efeito suspensivo ao agravo da decisão que reconhecer o crédito (parágrafo único do art. 17), impedindo, assim, o voto do credor impugnado na Assembléia, sem necessidade de suspender ou adiar o conclave. Não tem o artigo em questão, assim, nenhuma eiva de inconstitucionalidade.³⁷⁹

Dessa forma, tem-se que não cabe medida liminar ou antecipatória promovida por terceiros para o fim de suspender ou adiar a assembleia-geral de credores em razão de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de qualquer crédito. Cabe ao interessado eventual tutela de urgência para questionar o crédito, não o conclave.

A assembleia pode, eventualmente, ser invalidada em razão da existência, quantificação ou classificação dos créditos³⁸⁰. O art. 39 deve ser interpretado sempre conduzido por um sentido ético buscado pelo legislador. Assim, pode ocorrer que não haja

2005. p. 216: "Um valioso comentário - e ainda de legalidade suspeita - é que as deliberações ad Assembléia Geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos."

³⁷⁸ ANDRADE, Ronaldo Alves de *in* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 192-193: Entendimento que acolhe, como origem, a afirmação de Manoel Justino Bezerra Filho. Literalmente aponta que "O legislador no afã de dar rapidez e efetividade ao procedimento da recuperação judicial e da falência vedou a possibilidade de qualquer provimento liminar no sentido de suspender ou adiar a assembleia de credores em razão de discussão versando acerca da existência, quantificação ou classificação dos créditos. A prescrição legal, embora dotada de boa intenção, não merece aplauso."

³⁷⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *in* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 212-213.

³⁸⁰ *Ibidem*. p. 212.

uma mera divergência sobre a existência de um crédito, mas que o mesmo tenha sido fraudulentamente forjado pelo devedor para manipular a assembleia e que se verifique que o seu voto foi determinante para o resultado obtido na votação.

A assembleia-geral de credores também pode ser anulada por circunstâncias diversas do que a análise do crédito em si, como ocorre na ausência de publicação obrigatória ou a quebra de outra formalidade considerada essencial para a sua realização.

Em qualquer caso de anulação da assembleia-geral, descabe prejudicar os direitos e interesses de terceiros de boa-fé decorrentes do cumprimento da decisão dos credores, admitindo-se a responsabilização daqueles que agiram com culpa ou dolo³⁸¹.

4.5. Participação dos credores por meio de mandato

O contrato de mandato tem seu cerne na representação, de forma similar ao que ocorre nos contratos de gestão de negócios, comissão, agência, distribuição, corretagem, custódia, entre outros, além de servir como cláusula-mandato, regular complementarmente o endosso-mandato e demais possibilidades do nosso ordenamento jurídico.

A capacidade de representação apresentou variações com o passar dos anos, adaptando-se às realidades de cada época. Como exemplo, o Código Comercial de 1850 não admitia em seu artigo 842 que um mesmo procurador representasse dois credores distintos. A restrição imposta à época justificava-se, na ótica de Salustiano Costa, porque "parece que a mente do legislador foi prevenir o abuso de um mesmo individuo não ter mais que um voto"³⁸². Atualmente ainda tem-se a preocupação com o abuso de direito, mas não se veda que dois credores constituam o mesmo procurador.

Afirma Orlando Gomes que “o mandato é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por conta de outra, um ou mais atos jurídicos”³⁸³.

³⁸¹ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 114.

³⁸² COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Código Commercial do Brazil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1896. p. 456.

³⁸³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 425.

Para melhor compreender o instituto, importa fazer a distinção entre o mandato e a procuração, os quais não se confundem. Segundo Pontes de Miranda:

Já vimos que a confusão entre mandato e procuração revela que se não aprofundou o estudo dos institutos. Pode alguém ser mandatário sem ser, ou ainda sem ser procurador, e o procurador pode não ser mandatário, ou ainda não no ser”... “Quando a lei diz que a procuração é o instrumento (Código Civil, art. 1.288, 2ª alínea), apenas pode ser entendida como se dissesse que a procuração pode ser um dos instrumentos – o mais eficiente – do mandato.³⁸⁴

O mandato é contrato causal, ao passo que a procuração é negócio jurídico unilateral. A procuração é o instrumento escrito que serve para facilitar o exercício do mandato³⁸⁵, enquanto que o mandato pode ser verbal e independe de procuração³⁸⁶. Da mesma forma, é equivocado afirmar que a procuração é o instrumento do mandato, eis que o mandato não é a única forma de representação voluntária³⁸⁷.

A procuração contém poderes, os quais não podem ser ultrapassados e devem ser dados a conhecer aos terceiros³⁸⁸. O mandato contém, além dos poderes expressos em procuração, as instruções, sobre as quais não precisa ser dado conhecimento, podendo ser reservadas ou secretas³⁸⁹. Para Orlando Gomes:

As instruções não se confundem, outrossim, com os poderes outorgados pelo mandante ao mandatário, pois participam da relação interna, embora possam ser projetadas exteriormente, se há interesse em que sejam conhecidas de terceiros. Estes, ao contrário, delimitam a atuação externa do mandatário.³⁹⁰

³⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. XLIII. p. 109.

³⁸⁵ *Ibidem*. p. 110.

³⁸⁶ LOBO, Jorge. Efeitos do silêncio e da ratificação no contrato de mandato civil ou mercantil. *Seleções Jurídicas*. São Paulo: COAD, março, 1999. p. 10.

³⁸⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 425: menciona-se representação voluntária porque existe também a representação legal (tutela, curatela, etc). p. 424; Também não se confunde representação com apresentação que ocorre na preposição (WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 14. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 456).

³⁸⁸ WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 14. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 461.

³⁸⁹ VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 80; Por esta razão, “Situações há, entretanto, em que o mandatário, embora dentro dos limites do objeto do mandato, age em desacordo com as instruções do mandante” (LOBO, Jorge. Efeitos do silêncio e da ratificação no contrato de mandato civil ou mercantil. *Seleções Jurídicas*. São Paulo: COAD, março 1999. p. 11).

³⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 429.

Assim, a atuação do mandatário apenas não vincula o mandante se exorbitados os poderes. Caso haja mera contrariedade às instruções, o mandante resta vinculado ao ato praticado, cabendo-lhe, apenas, o direito regressivo por perdas e danos contra o mandatário³⁹¹.

Exemplifica-se: João constitui Pedro como seu mandatário. Passa-lhe procuração com poderes para vender um automóvel específico e lhe transmite, reservadamente, a instrução de não vendê-lo por valor abaixo de um mínimo preestabelecido. Nesse caso, a venda de um imóvel exorbita os poderes, vez que os poderes se restringem à venda de um automóvel, e pode ser oposto como exceção pelo mandante contra o cumprimento da obrigação. Por sua vez, o preço tende a sequer constar como informação acessível ao terceiro – instrução -, pois não seria desejável que o comprador soubesse a qual valor poderia chegar Pedro na venda do bem. Assim, se o preço mínimo não for observado, o mandante se vincula e pode buscar o ressarcimento da diferença com o mandatário³⁹².

Similarmente à teoria da aparência verificada em relações consumeristas, se “os terceiros ignoram que a pessoa com quem contratam é um representante, têm o direito de supor que ele trata por si próprio, e por isso podem obrigá-la a concluir o negócio pessoalmente”³⁹³.

Se não é dado ao terceiro tomar conhecimento dos poderes do mandatário, poderá ser demandado o próprio representante pelo terceiro prejudicado por perdas e danos³⁹⁴. Por outro lado, “se o terceiro, mesmo sabedor dos limites do mandato, praticar com o mandatário atos exorbitantes, não terá ação contra o mandatário”³⁹⁵.

Ausentes ou insuficientes os poderes outorgados ao mandatário, responderá este perante o terceiro pelo ato jurídico praticado se prometeu ratificação pelo mandante ou

³⁹¹ Ibidem. p. 431.

³⁹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 261.

³⁹³ VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 78.

³⁹⁴ RIVERA, Júlio César. *Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 5. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, t. II. p. 110; No mesmo sentido consta no Direito francês: “si, au contraire, les pouvoirs du mandataire ne leur ont pas été suffisamment connus, celui-ci est en faute et il est personnellement garant de tout ce qu’il a pu faire au delà” (PLANIOL, Marcel. *Droit Civil*. 2. ed. Paris: F. Pichon Successeur, 1902, t. II. p. 688).

³⁹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 259.

pessoalmente se responsabilizou pela obrigação. De toda forma, não responde o mandante se não ratificar o ato³⁹⁶.

Quanto às instruções, pode o terceiro conhecê-las e até saber que estão sendo contrariadas e, mesmo assim, restará vinculado o mandante, bastando que não seja contrariado o instrumento do mandato (poderes da procuração)³⁹⁷.

As instruções podem ser dadas simultaneamente à conclusão do contrato ou no curso de sua execução³⁹⁸. Mas, “se sobrevêm circunstâncias que tornem oportuna a modificação do mandato, deve prevenir o mandante para que lhe dê novas instruções”³⁹⁹. Na ausência ou insuficiência de instruções, o mandatário deve cumprir os atos segundo os usos⁴⁰⁰.

Ainda, não cabe ao mandatário divergir das instruções dadas, mesmo que acredite que não atende ao interesse do mandante:

Se o mandatário entende que as instruções do mandante destoam do interesse objetivo dêsse, tem de seguir as instruções, e não o de que está convicto. Salvo se o mandante ignorava as circunstâncias, ou se outras sobrevieram. A intenção do mandante, para o mandatário, passa à frente do interesse objetivo dêsse. Se o mandatário tem dúvida sobre a intenção do mandante, há o dever de fazer ao mandante as perguntas que bastem ao esclarecimento.⁴⁰¹

Por outro lado, é possível ao mandatário desprender-se das instruções e seguir nova orientação se surgirem circunstâncias novas que fazem crer que o mandante concordaria com eventuais alterações. No entanto, o ônus da prova incumbe ao mandatário⁴⁰².

Cabe ao mandatário exercer atos jurídicos em nome do mandante, orientando-se pelos poderes e instruções recebidos, sempre buscando atender à vontade do representado.

³⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, t. XLIII, 1984. p. 39; Pode o mandante ratificar o ato se for conveniente aos seus interesses (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 694).

³⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. XLIII. p. 48.

³⁹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 429.

³⁹⁹ VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 259-260.

⁴⁰⁰ *Ibidem*. p. 259.

⁴⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. XLIII. p. 47.

⁴⁰² *Ibidem*. p. 47.

Dispõe o art. 667 do Código Civil que ao mandatário cabe aplicar a “diligência habitual na execução do mandato”⁴⁰³:

Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente

Por diligência habitual extrai-se a atuação do *bonus pater familias* ou do homem médio⁴⁰⁴. Trata-se de conceito derivado da boa-fé objetiva em seu sentido interpretativo.

A boa-fé, assim como a função social, decorre do princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal⁴⁰⁵. Contudo, encontra a sua expressão máxima em nosso ordenamento jurídico no art. 422 do Código Civil, por ser a disposição mais completa:

É uma cláusula geral que dispõe sobre a boa-fé no contrato, em todos os contratos. A boa-fé objetiva é o princípio de lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações mantidas na vida social, princípio ético que preside o ordenamento, está presente e serve de guia para todas as relações no campo do Direito Privado, e também no âmbito do Direito Público.⁴⁰⁶

Assim, nota-se que “o propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada”⁴⁰⁷. O sistema retrai a sua ótica patrimonialista e passa a privilegiar a boa-fé⁴⁰⁸.

Ocorre que a boa-fé, embora conceitualmente não se modifique, sofre variações de intensidade entre as diversas áreas do Direito. Uma relação contratual pode ser ao mesmo tempo civil, empresarial ou de consumo, dependendo da ótica analisada e das partes

⁴⁰³ Para Arnaldo Wald, pela diligência habitual “é apurada a atuação do mandatário de acordo com a atenção que tem a gestão dos seus próprios negócios.” (WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 14. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 462).

⁴⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 258.

⁴⁰⁵ NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n.º 12. São Paulo: RT, 2002. p. 56.

⁴⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de convergência). *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003. p. 238; Diverge Cláudia Lima Marques ao afirmar que “a idéia de abuso de direito do CDC seria mais ampla no que tange à matéria” (MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. In ROJO, Raul Enrique (Org.). *Sociedade e Direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: PPGDIR/UFRGS, 2003. p. 159).

⁴⁰⁷ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980, p. 06.

⁴⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 226.

envolvidas⁴⁰⁹. Enquanto que nas relações civis ou empresariais há uma premissa de igualdade entre as partes, nas relações que envolvem consumidores se encontra o “paradigma máximo da boa-fé”⁴¹⁰, lógica que deriva do reconhecimento da hipossuficiência do consumidor a ensejar uma proteção especial do mesmo⁴¹¹. Assim, embora as relações de consumo não constituam ramo autônomo do Direito, apresentam particularidade originada do art. 5º, XXXII da Constituição Federal e prevista no CDC, com normas “de ordem pública e de interesse social” que justificam mencionar que se criou a “responsabilidade nas relações de consumo”⁴¹².

O reconhecimento de uma modulação da boa-fé nesses termos não implica em um distanciamento das relações consumeristas com as demais relações do direito civil, mas apenas uma diferença de intensidade que impõe maior intervenção estatal⁴¹³. O fracionamento da matéria jurídica em ramos tem o sentido de divisão de competências ou a facilitação de exposição de uma “matéria única”, mas que “não deve significar que a realidade do ordenamento é divisível em diversos setores, dos quais um é totalmente autônomo em relação ao outro, de tal modo que possa ser proclamada a sua independência”⁴¹⁴.

Acentua Daniel Ustárroz que “a boa-fé atua em favor da harmonização dos interesses, e não pode ser utilizada de forma maniqueísta”⁴¹⁵. E isto porque a boa-fé não atua somente em favor do hipossuficiente, mas busca a manutenção do equilíbrio contratual:

⁴⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. In ROJO, Raul Enrique (Org.). *Sociedade e Direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: PPGDIR/UFRGS, 2003. p. 138.

⁴¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de Direito Privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In _____ (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: RT, 2007. p. 35.

⁴¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. In ROJO, Raul Enrique (Org.). *Sociedade e Direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: PPGDIR/UFRGS, 2003. p. 147.

⁴¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 17.

⁴¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. III. p. 20; Cláudia Lima Marques menciona que existe uma convergência principiológica no atinente à boa-fé entre CC e CDC (MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. In ROJO, Raul Enrique (Org.). *Sociedade e Direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: PPGDIR/UFRGS, 2003. p. 134).

⁴¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

⁴¹⁵ USTÁRROZ, Daniel. *Temas atuais de Direito contratual*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010. p. 24.

A função social do contrato e a aplicação do princípio da boa-fé não devem, pois, ser interpretadas exclusivamente ou principalmente como proteção especial da parte economicamente mais fraca. Significam a manutenção do equilíbrio contratual e o atendimento dos interesses superiores da sociedade que, em determinados casos, podem coincidir ou não com os interesses individuais do sujeito que aderiu ao acordo e que não exerceu plenamente a sua liberdade contratual.⁴¹⁶

A boa-fé objetiva possui, para a interpretação do mandato, função preponderantemente interpretativa, servindo para preencher os espaços que não se encontram positivados ou previstos nos poderes e nas instruções. Por esta razão, “o magistrado não poderá rever o contrato, a pretexto de interpretá-lo. O recurso à interpretação segundo a boa-fé somente deve ser utilizado na ausência de outra disposição contratual ou legal”⁴¹⁷.

Em síntese, o mandatário deverá cumprir seus deveres com variação de intensidade de suas responsabilidades, conforme a relação material posta sob análise.

4.5.1. Compatibilização do mandato com instruções com a regra que permite a alteração do plano durante a assembleia-geral de credores

Estabelecidos os parâmetros gerais do mandato, necessário que se analisem casos concretos, visto que neles se encontram as vicissitudes da vida real e a necessidade de identificação e suplementação de lacunas, bem como a ponderação de valores e a percepção da evolução do Direito⁴¹⁸. Ensinam Luiz Edson Fachin e Carlos Ruzyk:

Com efeito, a interpretação tópico-sistemática não encara o sistema como um conjunto de respostas prontas e acabadas a problemas que podem se pôr no futuro – pretensão das codificações civis – mas, sim, parte dos problemas concretos,

⁴¹⁶ WALD, Arnaldo. O interesse social no Direito Privado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n.º 10. Porto Alegre: Magister, jan/fev 2006. p. 45.

⁴¹⁷ USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade contratual*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 78.

⁴¹⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 114-115. Extrai-se o seguinte trecho: “Não é à magistratura que compete restaurar a ordem na legalidade, mas a inteligência, o saber e a honestidade dos Juízes devem ser empregados naquele propósito de rejuvenescimento, a que se refere Boulanger, de acordo com o qual os valores do passado, se não devem ser desprezados sistematicamente, também não podem ser superestimados a ponto de constituir a sua reimplantação o supremo objetivo dos aplicadores da lei. O poder dos Juízes de rejuvenescer as leis ‘consiste em fazê-las viver segundo as exigências do tempo presente’. Numa sociedade em transformação, eles não devem ser a *viva vox legis*. Impõe-se que sejam *viva vox juris*.”

buscando no sistema a melhor entre várias possíveis soluções. Tal escolha se faz por meio da hierarquização axiológica.⁴¹⁹

Com razão, afirma Ricardo Guastini que há lacunas no ordenamento jurídico “toda vez que se leve em consideração uma circunstância que não foi julgada relevante pelo legislador”⁴²⁰.

De toda forma, deve haver “a busca da unidade do sistema” e, desta forma, “um argumento pode desempenhar um papel relevante nas situações onde os juízes são obrigados a elaborar uma interpretação que reconcilie as regras conflitantes”⁴²¹.

Como já visto, na assembleia-geral de credores “não há necessidade da presença real do credor”⁴²², podendo ser representado por mandatário com poderes para tal, desde que entregue 24 horas antes da data designada⁴²³, na forma do art. 37, §4º da Lei n.º 11.101/2005⁴²⁴, ressalvada a hipótese de representação por sindicato. Perceba-se que existe uma necessidade de poderes suficientes para participar da assembleia, podendo as instruções dadas ao mandatário serem de qualquer teor⁴²⁵.

⁴¹⁹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 100.

⁴²⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 183.

⁴²¹ JAIME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne – cours general de droit international privé*. Recueil des cours, 2000. p. 129. (Original: "la recherche de l'unité du système" – "un argument pouvant jouer un rôle dans les situations où les juges sont tenus d'élaborer une interprétation qui réconcilie les règles contradictoires")

⁴²² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 170.

⁴²³ VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 132.

⁴²⁴ Art. 37. A assembleia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes.

§ 4º O credor poderá ser representado na assembleia-geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.

⁴²⁵ Michel Jeantin sustenta que no direito francês não se admite com tranquilidade a manifestação do credor por mandatário. Credor faz habilitação diretamente ao administrador judicial. No original: “La déclaration effectuée par un mandataire ou un préposé du créancier a donné lieu à un contentieux, très largement artificiel, qui découle de la nature juridique reconnue à la déclaration de créance” (JEANTIN, Michel; CANNU, Paul Le. *Droit Commercial: entreprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 341).

Iniciada a assembleia-geral de credores, poderá o plano de recuperação judicial ser aprovado ou rejeitado. Contudo, para chegar ao fim necessário, admite-se a “possibilidade de a assembléia geral de credores modificar o plano inicialmente apresentado pelo devedor”⁴²⁶, na forma do art. 56, §3º da Lei n.º 11.101/2005⁴²⁷. Tal modificação do plano de recuperação judicial pode decorrer de mera negociação entre credor e devedor ou pode derivar de uma impossibilidade superveniente para cumprir as condições de pagamento originalmente propostas na recuperação judicial.

Para a aprovação do plano de recuperação judicial exige-se maioria qualificada⁴²⁸, na forma do art. 45 da Lei n.º 11.101/2005⁴²⁹.

Em síntese, os credores são divididos em três classes: (a) créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente do trabalho; (b) créditos com garantia real; (c) créditos quirografários, privilegiados (especial e geral) e os subordinados⁴³⁰.

Todas as classes votantes devem aprovar o plano de recuperação judicial. Na classe dos credores trabalhistas, a maioria deve ser contada por voto, desprezando-se o valor dos créditos e nas demais classes conta-se, cumulativamente, a maioria dos presentes e a maioria dos créditos⁴³¹.

⁴²⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 277.

⁴²⁷ Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.
§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

⁴²⁸ O funcionamento da assembleia possui certa similaridade ao que ocorre no direito italiano, onde também se dividem credores em classes e se exige maioria em cada uma delas (FIALE, Aldo. *Diritto Fallimentare*. 16. ed. Nápoles: Simone, 2008. p. 296).

⁴²⁹ Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

§ 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

§ 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.

[omissis]

⁴³⁰ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 115.

⁴³¹ *Ibidem*. p. 120.

Ocorrendo a rejeição ao plano de recuperação judicial, existe a possibilidade de concessão da recuperação judicial⁴³², desde que atendida a hipótese prevista no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005⁴³³. Por essa sistemática, deverá se obter, cumulativamente, a aprovação de mais da metade de todos os créditos, bem como a maioria em todas as classes, admitindo-se que somente em uma delas não se alcance maioria, contanto que atinja, pelo menos, 1/3 de votos favoráveis nesta classe⁴³⁴.

Admita-se a hipótese de uma recuperação judicial em que somente exista um credor com garantia real. Nesse caso, tal credor será o único de sua classe, motivo pelo qual, adotada *literalmente* a sistemática da Lei n.º 11.101/2005⁴³⁵, sem a concordância dele, jamais será possível alcançar a aprovação de, pelo menos, 1/3 dos votos desta classe.

Ao credor com garantia real, se dá a possibilidade de constituir mandatário com poderes para participar da assembleia-geral de credores e instruções para concordar, rejeitar ou propor modificações ao plano.

Considerando a possibilidade de circunstâncias imprevisíveis ou de vontade de credores imporem a modificação do plano de recuperação judicial e que este pode ser modificado durante a assembleia-geral de credores, também é possível que o mandatário tenha recebido instruções para aprovar um plano de recuperação judicial e não tenha recebido orientações prévias sobre seu dever em aceitar um plano modificado para condições que tanto mandante como mandatário não previram.

⁴³² Hipótese habitualmente denominada na doutrina de *cram down*.

⁴³³ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

⁴³⁴ LOBO, Jorge *in* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177-178.

⁴³⁵ E há sérias divergências na doutrina e na jurisprudência sobre a interpretação dos arts. 45 e 58 da Lei de falências. No entanto, aqui não é o cerne do debate.

Como antes visto, caberia ao mandatário assinalar ao mandante a mudança de circunstâncias que poderia recomendar a alteração das instruções. Contudo, tal contato durante a assembleia-geral de credores por vezes pode não ser possível, inclusive porque o credor com garantia real pode ser instituição financeira que tome decisões por órgãos colegiados.

Poderia o mandatário acreditar que o mandante aceitaria a modificação do plano de recuperação judicial que alonga o pagamento ou reduz o percentual do montante a ser pago. Por outro lado, pode não estar convicto a ponto de eventualmente responder por sua previsão equivocada, visto que pode responder pessoalmente pelo descumprimento das instruções dadas.

Diante de tais circunstâncias, temos um plano de recuperação judicial modificado e um credor que não aceita o plano, mas ainda não o rejeitou em seu íntimo. Pode votar aceitando ou rejeitando o plano, ou ainda se abster.

A aceitação e a abstenção poderiam gerar a aprovação do plano, mas não seriam hipóteses prováveis ao mandatário que não pretende responder por perdas e danos ao mandante⁴³⁶. A provável rejeição ao plano acarretaria, em tese, a convalidação da recuperação judicial em falência. E tal resultado não derivaria de uma convicção do credor de que não há outra forma de satisfação do crédito, mas sim de uma *ainda não aceitação*.

Neste momento, ao mesmo tempo em que há necessidade de diálogo entre as diversas fontes legislativas, em concreto, as suas disposições entram em choque com os valores do Estado Social que, decorrente do princípio da solidariedade, fez presente o princípio da preservação da empresa⁴³⁷, como disposto no art. 47 da Lei n.º 11.101/2005⁴³⁸.

A conformação de valores parece passar pela necessidade de preservação da empresa na circunstância acima narrada, visto que, do contrário, se levaria a recuperanda à falência, sem que isso sequer fosse desejado, com evidente prejuízo ao devedor, aos credores e a toda a

⁴³⁶ Além de outras possíveis sanções em razão da relação havida entre mandante e mandatário.

⁴³⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36-37.

⁴³⁸ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

coletividade. Por outro lado, simplesmente não se pode afastar a possibilidade de voto do credor representado por mandatário, visto que validamente habilitado e, se apenas aprovasse o plano de recuperação judicial, sequer causaria qualquer embaraço.

Uma alternativa que concilia os valores é permitir o cômputo dos votos de todos os credores, exceto do referido mandatário do credor com garantia real, consignando os fatos ocorridos com a concessão de prazo para submeter o caso ao mandante e permitir a aprovação, a rejeição ou a sugestão de modificação do plano.

Seguramente outros problemas de ordem prática surgiriam, visto que o credor com garantia real poderia sugerir modificações do plano para aprová-lo, exigindo nova assembleia. Na nova data, as circunstâncias podem ser modificadas, impondo nova alteração do plano, e idênticas derivações das instruções limitadas concedidas ao mandatário. No mesmo sentido, pode-se ter uma assembleia de credores em que dois credores de classes distintas se enquadrem em excessivas limitações das instruções concedidas aos seus mandatários, exigindo, por vezes, respostas mais complexas ao caso.

Gladston Mamede apresenta a melhor alternativa para se resolver o impasse jurídico formado e sugere que a assembleia-geral de credores seja suspensa, designando-se nova data para prosseguir com as deliberações. Não se trataria de nova assembleia, visto que somente poderiam prosseguir na nova data os credores que assinaram a lista de presença. No lapso temporal até a ocorrência da nova data seria possível ao mandatário obter novas instruções e prosseguir com as deliberações⁴³⁹.

⁴³⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, vol. IV. p. 229-230: "Essencialmente, a assembleia geral para deliberação sobre o plano de recuperação judicial da empresa é - e deve ser - um espaço de negociação entre o devedor e os credores, o que fica extremamente claro da leitura do artigo 50 da Lei 11.101/05, a proliferarem meios os mais diversos como alternativas para a superação da crise econômico-financeira da empresa. Não se pode perder de vista, bem a propósito, o artigo 47 da Lei 11.101/05, segundo o qual a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do empresário ou da sociedade empresária, a fim de permitir (1º) a manutenção da fonte produtora, (2º) a manutenção do emprego dos trabalhadores e (3º) o atendimento dos interesses dos credores. Essa gradação de interesses jurídicos, aliás, é justificada expressamente, pelo mesmo artigo, pela necessidade de se promover (1) a preservação da empresa, (2) considerando a sua função social e (3) garantindo o estímulo à atividade econômica, ou seja, atendida a Constituição que, em seu artigo 3º, II, lista o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República. Seguindo essas referências, acredito mesmo ser lícita e possível a suspensão da assembleia para a constituição de grupo de trabalho composto por devedor e principais credores, bem como por assessores de ambas as partes (advogados, *experts* em administração de empresas, contadores, economistas, mercadólogos e outros), para afinar uma proposta que possa melhor atender as partes. Basta para tanto, acredito, que tal suspensão seja proposta à assembleia geral e por ela aprovada, definindo-se o dia em que os trabalhos serão retomados, com apresentação da proposta elaborada pelo grupo ou grupos de trabalho. Suspensão, insisto, e não interrupção da assembleia suspensa, do ponto em que parou, dela podendo participar apenas aqueles que assinaram a respectiva lista de presença, quando da abertura dos trabalhos no primeiro dia."

De uma forma geral, a solução procedimental para colher-se o voto do credor que fora representado por mandatário com instruções dependerá do caso. Contudo, pode se extrair que da situação exposta não se faz possível admitir a convolação da recuperação judicial em falência em razão de uma *ainda não aceitação* do credor representado por mandatário com instruções, se alterado o plano e desde que seu voto seja decisivo para o resultado negativo.

5. LIMITES À VONTADE DE CREDORES E DEVEDOR

Na Lei n.º 11.101/2005, os artigos 45 e 58 - analisados isoladamente - tratam de forma extremamente estreita a aprovação do plano de recuperação judicial e geram fundadas dúvidas sobre a sua adequação para evitar manipulações, interesses escusos ou apenas resultados que possam ser contrários ao direito (v.g. má-fé)⁴⁴⁰. Ensinam Arnaldo Wald e Ivo Waisberg:

O voto do credor na assembléia geral também se sujeita, de certa forma, aos princípios comentados. Nesse ponto, é bom notar que o credor vota considerando o seu interesse em receber o crédito. Esse o interesse que legitima seu voto. Não se pode impor a ele a obrigação de aprovar o plano. Mas pode ocorrer eventual abuso no exercício do voto ou conflito de interesses, e esses serão confrontados com as diretrizes da lei.⁴⁴¹

Na opinião pessimista de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, o comportamento oportunista é a regra:

Há, como se supõe, a suspeita de que nenhum plano de recuperação, por melhor que seja, conseguirá aprovação. Não apenas porque o critério de aprovação por classe (maioria simples, ou maioria simples mais credores por valor; ou maioria simples mais número de presentes) força que qualquer proposta seja aprovada somente por unanimidade na assembléia, mas também porque haverá o comportamento *oportunist*a daquele tipo de "chantagista". Em outras palavras, a necessidade de que a proposta seja aprovada por classe (com critérios diferentes), considerando a existência de interesses muito conflitantes e divergentes, ameaça, na assembléia, inviabilizar a aprovação de qualquer proposta.⁴⁴²

Em sentido oposto, François Ost sustenta que existe uma forte tendência do ser humano em fazer acordos para assegurar um futuro, mesmo que este não se concretize:

Por um lado, do lado do passado, o perigo de ficar fechado na irreversibilidade do já acontecido, um destino de erro ou infelicidade, por exemplo, condenado a perpetuar-se eternamente; por outro lado, do lado do futuro, o terror inverso que um futuro indeterminado suscita, já que a sua imprevisibilidade radical nos priva de qualquer referência. Nenhuma sociedade se acomoda aos seus receios; tanto mais que todas

⁴⁴⁰ Ao analisar o controle na sociedade anônima, Fábio Konder Comparato expõe que “*não há, portanto, possibilidade de construção de sociedades desenvolvidas economicamente e justas socialmente sem um combate estruturado ao poder econômico*”. Embora não se desconheçam as diferenças jurídico/econômicas entre uma sociedade anônima e uma empresa em recuperação judicial, parece ser uma ponderação em larga medida aplicável ao caso concreto. Ver COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, CALIXTO. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

⁴⁴¹ WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 321.

⁴⁴² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 218.

elas elaboraram mecanismos destinados, pelo menos em parte, a desligar o passado e ligar o futuro.⁴⁴³

Incontroverso que há possibilidade de manipulação ou abuso pelos credores, mesmo que restem controvérsias quanto a sua intensidade ou frequência⁴⁴⁴.

Sabe-se que os credores são os destinatários do plano de recuperação judicial. No entanto, resta esclarecer se o voto do credor é vinculado ou discricionário. Outrossim, deve ser observado se há possibilidade de intervenção do judiciário por *abuso de direito*.

5.1. Soberania da assembleia-geral de credores na análise de viabilidade do plano de recuperação judicial

A doutrina apresenta-se pacífica em assinalar que cabe, ao menos em regra, à assembleia-geral de credores⁴⁴⁵ o direito de analisar o plano de recuperação judicial. Por esta

⁴⁴³ OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 41-42.

⁴⁴⁴ COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Código Commercial do Brazil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1896. p. 458. Apenas como exemplo, na vigência do Código Comercial de 1850 já havia preocupação com abuso de direito. Salustiano Costa esclarece que "O credor que nas deliberações sobre a concordata transigir com o seu voto para obter vantagens para si, perderá em benefício da massa, a importancia do seu credito, bem como quaesquer vantagens pecuniarias que lhe possam provir de semelhante transacção, sem prejuizo de outra pena em que incorrer, segundo a legislação criminal".

⁴⁴⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 264: "Indaga-se, neste ponto, em que medida é acordo de vontades e até que ponto é prestação jurisdicional.

Já durante a vigência da concordata discutia-se sua natureza, contrapondo-se os juristas, como assinala Rubens Requião, em três correntes: 1. a contratualista, por sua vez abrangendo a da vontade constrangida; a da vontade presumida e a da representação da minoria pela maioria; 2. a processualista, desdobrada entre a da decisão judiciária e a do contrato processual; e 3. a da obrigação legal.

Com o advento do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, afastando a supremacia da Assembléia dos Credores que, até então, concedia ou recusava a concordata, firmou-se a convicção da sua natureza processual como ato jurisdicional, emanado do Estado a favor do devedor honesto e infeliz. Daí entender-se a concordata, particularmente a preventiva, como favor legal. Preenchidos os requisitos previstos na lei, o deferimento do pedido pelo magistrado era certo.

Se esta realidade se apresenta mais próxima da recuperação judicial, posto que tem início com o pedido dirigido ao Juízo por onde se processa, ou processará, a falência, a reorganização extrajudicial, ao reafirmar o poder dos credores para sua concessão, enfatiza o caráter contratual da medida, ressuscitando a antiga discussão.

Volta-se, assim, à divergência: ato negocial ou prestação jurisdicional? contrato ou processo? Até o momento, ressalva feita a Jorge Lobo, o qual, no entanto, formula sua tese perante a recuperação judicial, a maioria inclinava-se por vislumbrar na modalidade um ato negocial, com conotações diversas. Mas, quiçá, a questão mereça maior atenção, tornando-se objeto de estudo específico, o que escapa ao âmbito do presente."

forma, cabe à maioria⁴⁴⁶ impor aos dissidentes a sua vontade⁴⁴⁷. Para Mauro Rodrigues Penteado:

Na recuperação judicial, tem o poder [o magistrado] apenas de deferir o processamento do pedido do devedor (art. 52), mas em princípio não pode julgá-lo, no mérito, eis que neste ponto está limitado a 'conceder' a recuperação, desde que cumpridas as exigências legais, mas desde, também, que o plano respectivo não tenha encontrado objeção dos credores, ou tenha sido aprovado pela Assembléia-Geral (art. 58). O máximo que se permite ao magistrado é convocar a Assembléia de credores para reexaminar deliberação anterior de não aprovação do plano proposto pelo devedor, com o *quorum* menos rigoroso previsto no §1º do art. 58.⁴⁴⁸

Márcio Guimarães aduz que cabe ao judiciário a posição de mero homologador das decisões proferidas pela assembleia-geral de credores:

A rejeição do plano de recuperação acarretará na decretação da falência, ressaltando, de forma marcante, a participação e o poder dos credores no sistema de recuperação de empresas, deixando de lado a vetusta ideia de que o Poder Público (Judiciário, e Ministério Público) seriam os únicos capazes de indicar qual o destino da empresa. Os credores, com muita consciência e responsabilidade, deverão decidir sobre a continuidade ou não da empresa, sendo os principais responsáveis pela decisão de quebra. Resta, nesse passo, ao Poder Público, apenas a "homologação" da deliberação, decretando a falência, não sendo vislumbrada a possibilidade de tal decisão discussão não advir, salvo nas hipóteses em que for possível a aprovação do plano de acordo com os quóruns alternativos insertos no art. 58, §1º. Desta forma, reafirma-se o cerne do novo sistema em que ninguém melhor do que o credor para dizer se a continuidade da empresa é importante para o mercado em que está inserido, sendo certo que, em diversas hipóteses, a quebra é a melhor alternativa -

⁴⁴⁶ MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, vol. IV. p. 119: "Como as deliberações nas assembleias são tomadas por *maioria entre os presentes*, e muitos credores comumente não aparecem a tais eventos, o controle efetivo da assembleia como um todo, ou de uma determinada classe, pode ser conseguido com percentuais inferiores a 50% dos créditos. Importa, portanto, observar que o credor controlador é aquele que tem, de fato e de direito, o poder de, sozinho, decidir qualquer deliberação colocada em votação; o histórico do juízo universal mostra que ele titulariza as condições indispensáveis para dar a última palavra sobre o que foi deliberado e, ademais, determinar o seu ou os seus representantes no comitê de credores. Dessa forma, sua atuação influencia diretamente os direitos de terceiros, nomeadamente dos demais credores."

⁴⁴⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 265: "Qual a razão para impor aos últimos o acordo de interesse dos primeiros?"

Talvez a intervenção judicial que, ao homologar o plano aprovado pela maioria absoluta de credores a ele submeta os dissidentes, parta da noção equivocada que decorre de se considerar que os interesses de todos os credores são homogêneos. Com isso, invoca-se o modelo de decisão assemblear fundado na maioria para fins de vinculação de todos os membros da classe.

Observa-se que os insatisfeitos, impugnantes da homologação, fundarão suas divergências, substancialmente, na inobservância de regras formais tal como, p. ex., o não atingimento dos 3/5 exigidos.

Por outro lado, assinala recente doutrina francesa, a assimetria das informações, já que o devedor é o único que conhece a exata situação financeira da empresa, e o único que pode solicitar a homologação do acordo feito, traz alguns potenciais inconvenientes para esta solução, confirmando a tese de cuidar-se de um jogo.

Mas, em que medida é possível garantir a eficácia do acordo assim elaborado?"

⁴⁴⁸ PENTEADO, Mauro Rodrigues in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 71.

melhor será a cessação da empresa à sua manutenção, evitando que efeitos deletérios ocorram.⁴⁴⁹

Fábio Ulhoa Coelho menciona que não cabe ao juiz analisar a objeção apresentada pelo credor⁴⁵⁰ e, por extensão, extrai-se que descabe qualquer análise de mérito da decisão proferida em assembleia-geral de credores⁴⁵¹.

Como se observa, a assembleia-geral de credores é um órgão⁴⁵² externo ao Poder Judiciário a quem cabe decidir sobre a viabilidade do plano de recuperação judicial⁴⁵³.

Ao magistrado não cabe, *a priori*, o papel de decidir sobre o mérito do plano de recuperação judicial - viabilidade -, sendo este um poder atribuído com exclusividade aos credores⁴⁵⁴. Ao magistrado apenas concede-se o poder-dever de analisar se a empresa

⁴⁴⁹ GUIMARÃES, Márcio in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 394.

⁴⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 164.

⁴⁵¹ COVAS, Silvânio in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 301: "Além disso, outra diferença a ser destacada é o fato de que, em relação à objeção, a nova lei limita a atuação do juiz à convocação da assembleia-geral, a qual deve apreciar o teor da manifestação dos credores e decidir sobre o plano de recuperação, ao passo que, no antigo sistema (artigos 144 e 145), o julgamento competia ao juiz."

⁴⁵² FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 187: "A idéia de órgão está vinculada à de *interesse comum* ou *coletivo* - interesse que explica, segundo Carnelutti, não somente a *formação* de qualquer grupo social, mas também a sua *organização*, mais ou menos complexa, segundo o grupo de que se trata. *Órgão*, para o mestre, é uma decorrência lógica do conceito de interesse coletivo - é o indivíduo, ou indivíduos, enquanto agem para o desenvolvimento deste interesse, ou seja, enquanto cumprem uma *função* do grupo."

⁴⁵³ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 256: "Todavia, a Lei 11.101/2005 não confere ao juiz tal prerrogativa. A rejeição do plano pela assembleia é vinculante para o juiz. Descabe, portanto, qualquer possibilidade de desprezo à vontade dos credores de rejeição do plano. Rejeitar o plano é papel conferido exclusivamente à assembleia; declarar a falência é ato exclusivamente jurisdicional."

⁴⁵⁴ Modesto Carvalhosa refere como atribuição exclusiva da assembleia-geral de credores "aprovar, modificar ou rejeitar o plano de recuperação apresentado pelo devedor" (CARVALHOSA, Modesto in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 252).

encontra-se em "estado de crise econômico-financeira" como condição para a concessão da recuperação judicial⁴⁵⁵.

5.2. Interpretação vinculada dos credores e do devedor para a análise do plano de recuperação judicial e o abuso de direito

A vinculação ou discricionariedade da vontade dos credores para, ao votar, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial é matéria que gera severa controvérsia na doutrina.

A assembleia-geral de credores é local propício à formação de interesses convergentes e divergentes⁴⁵⁶.

Para Modesto Carvalhosa, "deve ser levada em conta a aplicação do *regime de comunhão de interesses*, fazendo com que a vontade da maioria prevaleça sobre a minoria, sempre visando a um bem maior do que o direito de crédito individualmente considerado"⁴⁵⁷.

Como já referido, os artigos 45 e 58 da Lei n.º 11.101/2005- analisados isoladamente - geram fundadas dúvidas doutrinárias sobre o tratamento de manipulações, interesses escusos ou apenas resultados que possam ser contrários ao direito (v.g. má-fé) nas manifestações de vontade dadas pelos interessados na assembleia-geral de credores.

A aplicação analógica do artigo 115 da Lei n.º 6.404/76 causa divergência em nossa doutrina. De um lado, Eduardo Secchi Munhoz aponta que "pode uma classe de credores com maior prioridade para o recebimento dos créditos..., dependendo da situação patrimonial do devedor, preferir sua liquidação imediata", e complementa que "o voto, assim manifestado por essa classe de credores, seria claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa, mas a lei brasileira não prevê nenhuma válvula de escape, que

⁴⁵⁵ LOBO, Jorge *in* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

⁴⁵⁶ CARVALHOSA, Modesto *in* CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 253.

⁴⁵⁷ *Ibidem*. p. 253.

permita ao juiz a superação desse veto⁴⁵⁸. Desta forma, o autor entende que não pode o juiz conceder a recuperação se esta foi rejeitada pelos credores, mesmo que por motivos ilegítimos, como é o caso do abuso de direito⁴⁵⁹. Em sentido oposto, sustenta Mauro Rodrigues Penteadado que "*a influência do atual modelo legal das sociedades por ações na nova estrutura organizacional da falência e das recuperações*" tende a permitir a construção de parâmetros para o exercício de direito de voto, inclusive mencionando possível aplicação analógica do artigo 115 da Lei n.º 6.404/76⁴⁶⁰. No mesmo sentido, Manoel Justino Bezerra Filho supõe hipótese de conflito de interesses em credor de empresa em recuperação judicial e sustenta que o juiz não estará obrigado a cumprir estritamente o artigo 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005⁴⁶¹ quando ocorre conflito de interesses.

Observa-se que o ordenamento nacional contempla a proteção contra o abuso de direito como cláusula geral⁴⁶². Assim, embora o Direito falimentar não regule especificamente tal instituto⁴⁶³, isso não o afasta na análise de falências e recuperações judiciais⁴⁶⁴.

O abuso de direito provém de duas matrizes distintas: a primeira, de tendência católica, impede que se pratiquem atos contrários à consciência, podendo buscar o interesse próprio, mesmo que cause mal ao outro; a segunda, de natureza socialista, apela ao princípio

⁴⁵⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 291.

⁴⁵⁹ O abuso de direito tem sua origem na *exceptio doli generalis* e foi "ressuscitada" pela jurisprudência (FRADERA, Véra Jacob de (Org.); MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). *A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15).

⁴⁶⁰ PENTEADO, Mauro Rodrigues in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 68.

⁴⁶¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 386-387.

⁴⁶² MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 108.

⁴⁶³ DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 313: por exemplo, mesmo sem previsão no Direito societário argentino, "Es posible atribuirle a los accionistas los *deberes de diligencia y lealtad* que fueran previamente analizados con referencia a los administradores sociales. Esto en virtud de lo señalado antes acerca de la interdependencia de los derechos y deberes de los accionistas respecto de la sociedad. [omissis] Asimismo, los socios deben ejercer su derecho de voto de manera leal hacia la sociedad. Esto significa que deben tener en cuenta el interés social de la corporación por encima de sus intereses particulares."

⁴⁶⁴ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique. *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176-177.

da solidariedade, atribuindo ao Estado o poder de impedir que os privados provoquem danos a terceiros sem buscar proveito próprio. Segundo Guido Alpa, "a expressão abuso de direito pode parecer contraditória, porque indica um uso excessivo de um direito que, por sua natureza, é faculdade plena e absoluta. Mas apenas quem vê no direito subjetivo um poder livre de limites pode crer que não se possa ter abuso de um direito"⁴⁶⁵.

Bruno Miragem adota concepção objetivista do abuso de direito e aponta com razão que "abusa-se do direito quando se avança para além dos limites do normal, do legítimo: exerce-se o direito próprio em termos que não eram de esperar, ultrapassa-se o razoável, chega-se mais longe do que poderia prever"⁴⁶⁶. Fábio Konder Comparato esclarece que o *desvio de finalidade no abuso de poder* - englobado este dentro do *abuso de direito* - consiste "num afastamento não da forma mas do espírito da lei, representando ato típico de *fraus legi*, e não *contra legem*"⁴⁶⁷.

O abuso de direito regula-se por três limites, a saber: o fim econômico ou social; a boa-fé; os bons costumes⁴⁶⁸. Interessa destacar o limite econômico ou social do abuso de direito. Pelo *limite econômico* não se admite a adoção de uma conduta que não traga benefícios ao seu titular, orientado com vistas a causar prejuízo a terceiros⁴⁶⁹. Não se faz a análise da intencionalidade da conduta, mas apenas de seus efeitos⁴⁷⁰. Pelo *limite social* compreende-se a proteção da sociedade, sem que implique necessária proteção do coletivo contra o individual, como, por exemplo, ocorre com a proteção aos direitos da personalidade. Em algumas hipóteses "é razoável indicar que o fim social absorve o fim econômico, uma vez que o fim social de um direito também é a realização de seu fim econômico, não se podendo dissociar o que é socialmente útil daquilo que é economicamente útil"⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. 6. ed. Pádua: CEDAM, 2009. p. 147.

⁴⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 132.

⁴⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 364.

⁴⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 135.

⁴⁶⁹ *Ibidem*. p. 135.

⁴⁷⁰ *Ibidem*. p. 136.

⁴⁷¹ *Ibidem*. p. 137.

Alain Bénabent analisa a boa-fé em matéria contratual trazendo lições que são aplicáveis à assembleia-geral de credores. Sustenta o autor que há *dever* de lealdade e boa-fé, tanto de credores, quanto do próprio devedor⁴⁷². Assim, "de parte do devedor, ele se obriga a uma execução honesta e completa da obrigação prometida"⁴⁷³. Por outro lado, "de parte do credor, a boa-fé o obriga primeiramente a cooperar com o devedor para lhe permitir a execução do contrato"⁴⁷⁴.

A doutrina nacional aborda de forma bastante frequente sobre o abuso de direito pelo *credor* no exercício de seu voto. No entanto, não se supõe a hipótese de abuso de direito pelo *devedor*⁴⁷⁵.

Viu-se anteriormente que pela sistemática adotada na Lei n.º 11.101/2005 somente pode ser modificado plano de recuperação judicial mediante expressa anuência do devedor.

Na Alemanha⁴⁷⁶, nos Estados Unidos⁴⁷⁷ e na Itália⁴⁷⁸ os credores não podem ser obrigados a aceitar plano de recuperação judicial que resulte em situação pior do que

⁴⁷² BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2007. p. 223.

⁴⁷³ *Ibidem*. p. 223.

⁴⁷⁴ *Ibidem*. p. 224.

⁴⁷⁵ MOTONAGA, Alexandre. A negociação e a nova legislação falimentar *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 718: E isto porque "o devedor, inegavelmente, é a parte que tem mais a perder, pois, caso seja decretado [sic] a falência, ele fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial até a sentença que extingue as suas obrigações, corre o risco de ter problemas no âmbito penal e, finalmente, tem a sua auto-estima abalada."

⁴⁷⁶ Segundo Suzana Corotto, Mesmo que tenha sido aprovado o plano, o juiz negará a sua homologação se "houve violação às prescrições processuais" ou qualquer dos credores "demonstrar que a sua posição econômica é presumivelmente pior do que na liquidação legal" (COROTTO, Suzana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão*. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 113); Para Dora Berger, na mesma medida em que não se admite que o plano imponha ao devedor que este pague mais do que é devido, a Lei de Insolvências alemã veda que o credor - mesmo que minoritário - seja obrigado a aceitar plano que lhe impõe condições menos vantajosas do que ocorreriam com a liquidação da sociedade. Conforme Dora Berger, "isso significa que o plano não pode infringir a vontade do credor no sentido de colocá-lo numa situação pior em relação à que tinha sem o plano" (BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 2001. p. 157); Explica Suzana Corotto que "Na última hipótese, o juízo recusará a homologação do plano, se o credor (§ 251 I nº 1 e 2): 1 - apresentar sua impugnação por escrito, e, no máximo, na audiência de votação do plano ou no protocolo na secretaria do juízo; e 2 - se tiver no plano uma posição econômica presumivelmente inferior ao que teria na liquidação legal (§§ 159 ss.). O pedido do credor somente é admitido se ele demonstrar, de forma crível, que a sua posição econômica piorou com o plano de insolvência (§ 251 II).

A regra do § 251 I decorre da adoção do princípio da maioria para a aprovação do plano, em que a garantia individual é assegurada a partir da premissa de que a decisão da maioria não é economicamente mais inteligente do que a da minoria ou de um só credor. O dispositivo assegura a cada credor o direito de obter no plano a mesma posição econômica que teria no processo regular (§ 251 I c/c §§ 159 ss.). O cálculo é desenvolvido com base num prognóstico." (COROTTO, Suzana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão*. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 114); Por fim, ensina Dora Berger que "Na doutrina alemã, após inúmeras tentativas infrutíferas de juristas e economistas em encontrar uma fórmula de avaliação do valor futuro de uma empresa,

ocorreria com a liquidação da empresa. Assim, se determinado plano de recuperação permite o pagamento de 80% dos créditos e com a falência o montante pago seria de 100%, não há razão para obrigá-los a aceitar o plano de recuperação por imposição judicial. Em síntese, é a adoção do Ótimo de Pareto que existe em tais países, na medida em que não se admite que ninguém perca valores para que o plano seja imposto pelo judiciário.

Dentro desse contexto, o Ótimo de Pareto é o critério econômico pelo qual um determinado grupo de pessoas muda para condição melhor sem que ninguém piore a sua situação individual⁴⁷⁹. Alcançar-se-á o Pareto eficiente quando se alcançar o *máximo* de benefícios, desde que ninguém perca.

registrou-se na jurisprudência alemã: "não é possível avaliar o valor futuro do patrimônio de uma empresa". Até a presente data, segundo os melhores ensinamentos, inexistente fórmula capaz de avaliar com exatidão o valor futuro do patrimônio de uma empresa. Parte-se de um valor aproximado.". Desta forma, "havendo oposição por parte de qualquer credor, com fulcro nos princípios básicos do plano, cabe ao juiz a difícil missão de decidir se o credor ficou em situação pior a que tinha sem o mesmo" (BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 2001. p. 159).

⁴⁷⁷ consta no § 1.129(a)(7) do Bankruptcy Code americano: (7) With respect to each impaired class of claims or interests— (A) each holder of a claim or interest of such class— (i) has accepted the plan; or (ii) will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7 of this title on such date; or; conforme no Direito americano, BATISTA, Carolina Soares João *et al.* A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação do plano aprovado por todas as classes. *Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 45, São Paulo, 2006. p. 205.

⁴⁷⁸ FIALE, Aldo. *Diritto Fallimentare*. 16. ed. Nápoles: Simone, 2008. p. 340: "Nell'ipotesi in cui *siano presenti più classi di creditori* e la maggioranza sia stata raggiunta anche considerando il numero delle classi favorevoli (ex art. 177, secondo comma, L.F.), qualora un creditore appartenente ad una classe dissenziente *contesti la convenienza della proposta*, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili."; FRANCO, Angelo del. Concordato fallimentare in CAIAFA, Antonio. *Le procedure concorsuali nel nuovo Diritto Fallimentare*. Turim: UTET Giuridica, 2009. p. 548: "Inoltre, nell'ipotesi di formazione di classe di creditori, delle quali alcune sono risultate dissenzienti, il Tribunale sembra che debba procedere al *cram down* soltanto se un creditore appartenente ad una classe dissenziente abbia contestato (evidentemente attraverso l'opposizione) la convenienza della proposta. Inoltre, nella suddetta ipotesi il Tribunale dovrà procedere al *cram down* soltanto con riguardo alla valutazione del credito di cui il suddetto creditore opponente sia titolare e non anche di tutti i crediti appartenenti alle classi dissenzienti (come invece stabilito dal decreto del 2006)."

⁴⁷⁹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Diritto & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76: "No que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior. Critica-se esse critério, chamado de Pareto, porque depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas."

De outra ponta, para o nosso Direito tal análise do *teste do melhor interesse aos credores* não funciona propriamente como limite à derrubada do veto dos credores⁴⁸⁰, mas serve como parâmetro para apontar a existência de abuso de direito.

Imagine-se que em determinada recuperação judicial o plano apresente o pagamento dos credores em 80% do crédito original. Em caso de falência, o resultado importará em 50% do valor. Economicamente, o Ótimo de Pareto ocorre com a aceitação da recuperação judicial pelos credores, visto que ninguém perde e se alcança o máximo de eficiência. No mesmo sentido, a desobediência à eficiência através do Ótimo de Pareto importa em abuso de direito pelos credores, na medida em que não há razão para que os mesmos recusem receber valores maiores.

Dentro do mesmo exemplo, é possível que os credores se recusem a aceitar o plano porque acreditam que o valor prometido é uma manobra protelatória e que o plano não será cumprido⁴⁸¹. Assim, chegam à conclusão de que receberão valores maiores com a liquidação da sociedade. Com tais referências, o Ótimo de Pareto é atingido com a recusa ao plano e não há que se falar em abuso de direito neste aspecto, porque os credores agem estritamente nos seus legítimos interesses individuais.

Ainda no mesmo exemplo, suponha-se que os credores não tenham aceitado o plano porque estavam convencidos de que o devedor poderia pagar 100% dos créditos, em vez de 80% e que ele somente pretendia proceder desta forma com a finalidade de almejar lucro. O devedor, por sua vez, manteve a proposta porque para ele seria indiferente falir ou pagar os créditos na recuperação judicial integralmente. Invertem-se os papéis. Nesta hipótese o Ótimo de Pareto ocorreria apenas com a aprovação de plano de pagamento de 100% dos créditos e poderia se mencionar que existiu abuso de direito pelo devedor, visto que recusou o plano de pagamento integral, mesmo que isso não lhe causasse nenhum prejuízo. Do ponto de vista dos credores - isoladamente considerados - a solução de eficiência máxima seria aceitar o plano de recuperação judicial em 80%, visto que a falência acarretaria redução dos valores

⁴⁸⁰ Ressalva-se que regra similar (*teste do melhor interesse aos credores*) existia na vigência do Decreto-Lei n.º 7.661/1945: "Art. 143. São fundamentos de embargos à concordata:

I - sacrifício dos credores maior do que a liquidação na falência ou impossibilidade evidente de ser cumprida a concordata, atendendo-se, em qualquer dos casos, entre outros elementos, à proporção entre o valor do ativo e a percentagem oferecida;"

⁴⁸¹ Para Eduardo Secchi Munhoz, não cabe ao juiz fazer a análise sobre o plano, mas aos credores (MUNHOZ, Eduardo Secchi in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 287).

recebidos. Ocorre que a distinção entre Direito e Economia está na preocupação do primeiro com a ética e do segundo com a eficiência⁴⁸², o que gera neste momento um choque inevitável entre os dois. Tem-se em vista que a solução menos eficiente foi adotada pela razão de que não se pretendeu admitir que o devedor tomasse proveito da situação para reduzir de forma abusiva e impositiva os valores que devia aos credores. Em síntese, os credores admitiram perder parte dos valores que lhes eram devidos por razões éticas que se sobrepuseram às razões econômicas.

Analisando o Direito argentino, identifica-se a possibilidade de abuso de direito pelo devedor na hipótese de acordo preventivo abusivo:

El acuerdo preventivo abusivo. Un tercer ejemplo de esta alineación de intereses está dado por la norma del art. 52, inc. 4º, de la LCQ, según la modificación introducida por el art. 17 de la ley 25.589, que establece una norma imperativa para el juez concursal. Así, dispone que el juzgador "en ningún caso" homologará una propuesta de acuerdo preventivo que considere "abusiva". La noción de *acuerdo abusivo* conlleva la implantación de un estándar flexible de *razonabilidad* que el juez tendrá que evaluar al momento de resolver la homologación del acuerdo preventivo presentado por el deudor.

Dicho estándar de justificación ha sido introducido a fin de evitar "sacrificios desmedidos y fuera de toda razonabilidad a acreedores disidentes". Atiende, fundamentalmente, a su compatibilidad con los principios de protección del interés general. A manera de ejemplo, prestigiosos autores nacionales proponen considerar como *pauta de razonabilidad* aquella por la cual lo que se obtenga en pago sea una suma mayor que el dividendo que obtendría un acreedor quirografario en la futura liquidación falencial.⁴⁸³

Assim, observa-se que tanto devedor quanto credores estão adstritos a uma interpretação vinculada dos seus atos, podendo ser consideradas as suas manifestações como abuso de direito.

5.2.1. O abuso de direito e o voto dos credores: consequências jurídicas

A assembleia-geral de credores é lugar propício ao abuso de direito de voto dos credores, face aos poderes concedidos aos mesmos⁴⁸⁴.

⁴⁸² SZTAJN, Rachel. Law and economics. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 137, São Paulo: Malheiros, jan-mar de 2005. p. 229.

⁴⁸³ DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 352.

⁴⁸⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 77: "O excesso de poderes atribuídos a este órgão não era salutar, tendo em vista o conflito de interesses evidente perante o devedor falido,

Modesto Carvalhosa comenta sobre o abuso de direito de voto nas sociedades anônimas para detalhar as sanções cabíveis ao voto abusivo prevalecente e ao não prevalecente, sob a ótica da responsabilidade patrimonial⁴⁸⁵. Pela delimitação deste trabalho não importa definir indenizações cabíveis pelo abuso de direito, mas a possibilidade de aproveitamento, ou não, do voto abusivo para fins de aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial.

Em oportunidade anterior, este autor já se manifestou acolhendo a aplicação, por analogia, do art. 115, § 1º da Lei n.º 6.404/1976⁴⁸⁶ em que "o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral" em que haja *conflito de interesses*⁴⁸⁷. Assim, não poderia o credor votar, se verificada tal hipótese antes da votação⁴⁸⁸.

Atualmente, verifica-se a correção da posição de Erasmo Valladão, que assinala que a Lei Falimentar não esclarece as consequências para o exercício do voto abusivo, sendo, portanto, cabível a incidência suplementar do Código Civil⁴⁸⁹.

Observa-se que o voto abusivo, em regra, se verifica *materialmente*, conforme a manifestação de vontade apresentada pelo votante⁴⁹⁰. Excepcionam-se as hipóteses previstas

o qual se submetia integralmente à vontade da toda-poderosa assembléia. Assim, v.g., desde o Decreto n.º 917/1980 [sic], a concessão da concordata dependia, unicamente, da boa vontade dos credores habilitados. Uma vez assim acordado, o Juízo limitava-se a homologar o acordo obtido, razão pela qual a doutrina atribuía natureza contratual à concordata.

É razoável inferir que tal somatória de poderes dava lugar a abusos em detrimento do falido."

⁴⁸⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. II. p. 460-461.

⁴⁸⁶ ESTEVEZ, André Fernandes. Influências do princípio da preservação da empresa no Direito Falimentar: critérios para a derrubada do veto dos credores (*cram down*) sobre o plano de recuperação judicial in ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix. *Estudos de Direito Empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 575-616.

⁴⁸⁷ Neste sentido: PENTEADO, Mauro Rodrigues in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 68.

⁴⁸⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. II. p. 462.

⁴⁸⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 192; No mesmo sentido, Gustavo Tepedino esclarece que o Código Civil possui função de regulação residual de todos os denominados *microssistemas*, como é o caso da Lei Falimentar (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. III. p. 11-12).

⁴⁹⁰ Para Erasmo Valladão, o conflito de interesses apenas se verifica no plano material (FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 193); Em sentido

no art. 43 da Lei n.º 11.101/2005⁴⁹¹, que apontou alguns casos de credores que não são admitidos a votar, como o próprio devedor e seus parentes até segundo grau em razão de presumir-se *interesse conflitante* (e potencialmente abusivo) em favor da empresa recuperanda. Pelo Código Civil, verifica-se a existência de abuso de direito após a realização da votação. Importa assinalar que não há nenhuma razão adequada para impor o afastamento do voto por conflito *formal* de interesses. Ocorre que a Lei não determina tal consequência aos votantes que tenham interesses contrários à recuperanda e o voto favorável à manutenção da empresa (quando o inverso seria o atendimento de interesse escuso) não causa prejuízos.

Afirma Erasmo Valladão que "a sanção estabelecida na lei civil é apenas a da responsabilização por perdas e danos (art. 1.010, §3º e 1.017, parágrafo único)"⁴⁹². Assim, nega que possa haver a anulação do voto abusivo. Ocorre que tal conclusão não se coaduna com a recuperação judicial por duas razões: a ausência de previsão legal no Código Civil acerca do afastamento de voto não significa que esteja impedida tal possibilidade, na medida em que o intérprete deve buscar, sempre que possível a prestação *in natura*, e não o seu equivalente em perdas e danos⁴⁹³; o voto proferido em assembleia-geral de credores, ao contrário do que ocorre nas assembleias societárias⁴⁹⁴, deve ser homologado pelo magistrado

contrário, Alfredo de Assis Gonçalves Neto ensina que o voto abusivo se verifica no plano *formal*, vale dizer, antes de proferido o voto (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: RT, 2007. p. 197).

⁴⁹¹ Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções.

⁴⁹² FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 192.

⁴⁹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, vol. 3. p. 61.

⁴⁹⁴ Esclarece Calixto Salomão Filho: "O grande problema é, ainda aqui, o recurso à expressão 'interesse conflitante com o da companhia'. Mal definido e mal estabelecido estruturalmente como é o interesse social, tal menção só reforça posições jurisprudenciais tendencialmente avessas a intervir nos negócios sociais.

Na prática, esse sistema tem levado à virtual desaplicação das regras sobre conflito de interesses, pois a anulação de atos é incompatível com a atividade societária. Chegado o momento da decisão final em processo de conhecimento visando a anulação da Assembleia, tantas e tão variadas consequências da assembleia impugnada já decorreram para a companhia e para terceiros que é inviável anulá-la. Em jurisprudência, esse tipo de questão tem se resolvido ou pelo simples atendimento de pedido subsidiário de perdas e danos (solução ineficaz para o controle do poder controlador, como visto no texto) ou pela pura e simples rejeição do provimento pedido, com

para que surta seus efeitos jurídicos. Desta forma, com mais razão pode qualquer interessado postular a invalidade de certo voto neste intervalo temporal, sem desvirtuar o procedimento, em razão de sua natureza pública e judicial⁴⁹⁵.

5.2.2. Limite à vontade do devedor e o abuso de direito: consequências jurídicas

No Direito alemão, caso o plano aprovado não tenha sido apresentado pelo devedor, este deve concordar, tácita ou expressamente. No entanto, "a oposição é considerada irrelevante, se cumulativamente (§ 247 II): o devedor não ocupar no plano uma posição econômica pior do que teria no processo regular (§§ 159 ss.); e se nenhum credor receber um valor econômico maior do que o seu crédito original"⁴⁹⁶.

No Direito brasileiro o devedor não vota. Contudo, sua anuência expressa ao plano de recuperação judicial é requisito para a sua homologação e não existe previsão que importe na desconsideração da oposição do devedor (o que gera, de certa forma, um poder de controle do devedor sobre o plano de recuperação judicial).

A Lei de Falências prevê em seu art. 64 nove hipóteses para o afastamento do devedor de suas atividades, a saber: (a) houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; (b) houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei; (c) houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; (d) houver efetuado gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; (e) houver efetuado despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou

base na maioria das vezes em razões processuais." (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 390-391).

⁴⁹⁵ Por razões diversas, concordam com esta posição Mauro Rodrigues Penteado e Manoel Justino Bezerra Filho: PENTEADO, Mauro Rodrigues in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Coord.); PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 68; BEZERRA FILHO, Manoel Justino in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 386-387.

⁴⁹⁶ COROTTO, Suzana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão*. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 111.

gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; (f) houver descapitalizado injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; (g) houver simulado ou omitido créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial; (h) negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê; (i) tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

De início, cumpre observar que o devedor que rejeita proposta de plano de recuperação judicial sob o pretexto de almejar maiores lucros com o plano por si formulado em detrimento dos credores não pratica nenhuma das condutas mencionadas no art. 64 da Lei n.º 11.101/2005.

A redação original do Projeto de Lei n.º 4.376/1993 - futuramente convertido na Lei n.º 11.101/2005 - determinava um afastamento automático do devedor no momento em que fosse deferido o processamento da recuperação judicial⁴⁹⁷. Contudo, foi modificado o Projeto de Lei neste ponto como forma de gerar "atrativos suficientes para incentivar o empresário em dificuldade temporária a iniciar o procedimento"⁴⁹⁸. E isto porque é de iniciativa do próprio devedor propor a recuperação judicial, motivo pelo qual a regra original geraria "indesejável resistência" e "terminaria por restringir despropositadamente as recuperações"⁴⁹⁹.

Fábio Ulhoa Coelho sustenta que não cabe o afastamento dos administradores se estes se comportam "lícita e utilmente"⁵⁰⁰. O comportamento do devedor que busca um lucro negocial, mesmo que em detrimento da própria sociedade, podendo levá-la à falência, pode dizer-se como um ato que não ofende ao art. 64 da Lei n.º 11.101/2005. Contudo, é ato ilícito por ofensa ao art. 187 do Código Civil, visando a fim não permitido pelo Direito. Ora, pela prática de tal ato o devedor no exercício da atividade empresarial não busca o interesse social, mas apenas um benefício pessoal.

⁴⁹⁷ FONSECA, Humberto Lucena Pereira da in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 428.

⁴⁹⁸ Ibidem. p. 429.

⁴⁹⁹ Ibidem. p. 430.

⁵⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 175.

Atuar na condução da sociedade - caso do devedor - significa perseguir os fins da sociedade e a quebra desta busca implica em violação do interesse social⁵⁰¹.

Juan Dobson aponta inúmeros casos em que os administradores da sociedade são responsabilizados, seja por quebra do objeto social⁵⁰², seja por favorecimento dos administradores de outras sociedades que não da própria administrada⁵⁰³, entre outras hipóteses. São exemplos que demonstram legitimamente que o dever de reparação do administrador se centra no fato de que não age em interesse próprio, mas em favor da sociedade⁵⁰⁴.

Dentro da tradição do Direito brasileiro, aqueles que se preocupam com o Direito Material ocupam-se em afirmar o que é devido a cada um. Entre os processualistas, há

⁵⁰¹ DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 185: "En el caso de los administradores, el *common law* ha actuado como lo hace en todos los supuestos de responsabilidad (*tort*): estableciendo *duties* de manera afirmativa. Pero, estos *duties* se establecen en función de un "bien jurídico tutelado", que es la sociedad en la que se hallan emplazados. O, por decirlo más concretamente, en función del "interés de la sociedad" en el que se hallan emplazados. Así como todos los *duties* se hallan enderezados a un unificador *duty* de respetar las normas esenciales de convivencia, los deberes de los administradores se hallan enderezados hacia el interés de la sociedad.

Entendemos que no hay ningún *deber del administrador de sociedades* cuyo quebrantamiento no implique, asimismo, una *violación del interés social*.

[omissis]

Entonces, el *interés social* sería algo así como "la protección de las sociedades como entes productores de bienes y servicios" que actúan en el mundo económico."

⁵⁰² *Ibidem*. p. 196: "En "Forns c/Uantú" se responsabilizó al directorio por solicitar la cancelación de la sociedad ante la Comisión Nacional de Valores para actuar como agente de mercado abierto en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, lo que redundó en la consecuente imposibilidad de consecución del objeto social perseguido. La regla positiva sería: "los directores deben propender a la consecución del objeto social de la sociedad, porque en interés de ella está que, a través de las actividades que constituyen su objeto social, se alcance el fin societario propuesto al constituirse"

⁵⁰³ *Ibidem*. p. 197: "En el fallo "Stuka", el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Rosario, con voto del doctor Mosset Iturraspe, decidió responsabilizar a dos directores por actuación encaminada a satisfacer intereses de otra sociedad del grupo. En el caso concreto, el Banco de la Nación le otorgó un préstamo a Editorial Diario La Capital SA, por un importante monto de dinero. Dicho préstamo fue entregado por dos directores a otra sociedad, Grupo Uno SA, donde ellos también eran administradores. Luego, los directores de Grupo Uno cancelaron esta deuda a La Capital con la entrega de acciones de otra sociedad del grupo llamada Arlink, que también presidían éstos. Puesto que el valor de las acciones dadas en pago nunca fue precisado, y que el capital social de la sociedad Arlink era notablemente inferior al monto entregado, el árbitro sentenció que dicha conducta era claramente en violación de los intereses sociales de La Capital. La regla positiva sería: "los directores deben realizar gestiones en beneficio de la sociedad administrada, porque en interés de ella está que los directores generen con su actividad beneficios que redundarán en dividendos para los accionistas"

⁵⁰⁴ *Ibidem*. p. 202: "En virtud de los fallos analizados, y de las reglas positivas de conducta inducidas de cada uno de ellos, estamos en condiciones de afirmar que el interés de la sociedad no se circunscribe solamente al interés de los socios. Por el contrario, va más allá de ellos, para proteger a sus actuales y potenciales socios, a sus acreedores, a sus empleados, a su clientela y a diversos terceros que tengan cierto interés comprometido, actual o futuro, con el ente societario. En términos de Von Ihering, el bien jurídico protegido por el interés social no será entonces el interés de los accionistas solamente."

legítima preocupação em como efetivar-se determinado Direito. Ensina Diego Fernandes Estevez que:

Em diversas situações, a demora na resolução de um processo coloca em risco o direito da parte, que poderá não obter a tutela pretendida em razão do decurso do tempo. Uma vez que o Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, é razoável que ele disponibilize meios para que aqueles que estão compulsoriamente submetidos não sofram lesão em seus direitos por retardada prestação jurisdicional.⁵⁰⁵

Os meios para a proteção do direito protegido pelo ordenamento jurídico devem permitir a prestação *in natura*. Indispensável a lição de Ovídio Baptista da Silva:

Enfim, se a idéia fosse a de conceber como dano irreparável somente aquele incapaz de ser compensado monetariamente *a posteriori*, então nem o *periculum in mora* justificaria a concessão das medidas cautelares, posto que, segundo este entendimento, ter-se-ia de primeiro esperar a violação do direito, tornando impossível sua realização prática, para que se compusessem os pressupostos para a reparação do dano já ocorrido. Desapareceria a urgência que justifica a medida cautelar.⁵⁰⁶

O ordenamento jurídico não prevê expressamente medida prévia contra o administrador da sociedade que age egoisticamente e causa prejuízo aos credores, mas fornece instrumentos para a responsabilização do mesmo pelos seus atos. Ora, se é possível a indenização, o sistema deve oferecer meios de proteção da prestação *in natura*.

O credor não pretende a falência da sociedade para, após, buscar a responsabilização do seu administrador. O que se pretende, via de regra, é a proposição pelo devedor de plano de recuperação judicial que não seja abusivo em seus termos e pelas suas circunstâncias.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho descrevem relevante caso da Justiça francesa, cujo raciocínio se apresenta similar:

Em caso muito comentado, a Justiça francesa teve ocasião de reafirmar o princípio do interesse empresarial como escopo da sociedade anônima. Tratava-se da subsidiária francesa da companhia norte-americana *Fruehauf*, que havia firmado com outra sociedade francesa um importante contrato para a fabricação de reboques de caminhão, destinados à exportação para a República Popular da China. Um ano após a celebração do contrato, a sociedade norte-americana controladora decide desfazer o negócio, alegando pressões políticas, e dá ordem aos administradores da subsidiária para tomarem as medidas necessárias nesse sentido. Diante da recusa da co-contratante em operar o distrato, só restava a solução do inadimplemento, acarretando a resolução com perdas e danos de elevado montante. Inconformados, os administradores de *Fruehauf-France*, representando os acionistas minoritários franceses, requereram ao Tribunal de Comércio que nomeasse um administrador judicial para gerir, temporariamente, os negócios da sociedade, a fim de executar o

⁵⁰⁵ ESTEVEZ, Diego Fernandes. *Instrumentalidade e efetividade do processo: ressystematização das tutelas antecipadas*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUC/RS, 2008. p. 27.

⁵⁰⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, vol. 3. p. 61.

contrato em causa, o que foi deferido. Confirmando a decisão em grau de recurso, o tribunal de segunda instância declarou que um administrador podia e devia substituir os órgãos administrativos de uma sociedade anônima, em circunstâncias excepcionais, em atenção ao interesse da empresa, cujo equilíbrio financeiro e crédito no mercado seriam gravemente comprometidos com a resolução contratual, suscetível de arruiná-la definitivamente e de provocar a dispensa de mais de seiscentos empregados.⁵⁰⁷

Assim, chegando-se a um consenso de que o devedor age imbuído de interesses escusos em abuso de direito, torna-se possível, excepcionalmente, que o magistrado acolha a pretensão dos credores e destitua o administrador de suas atividades junto à sociedade⁵⁰⁸ ou desconsidere a sua recusa ao plano de recuperação judicial, na forma que seja considerada mais adequada ao caso, diante das peculiaridades e circunstâncias⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 370.

⁵⁰⁸ Ibidem. p. 560-561: "No que concerne aos remédios jurídicos tendentes a fazer atuar as responsabilidades do controlador para com a comunidade, em geral, a sua utilização deve competir não somente ao Estado, por intermédio do Ministério Público, mas também a qualquer do povo. É preciso vencer, aí, a tradicional desconfiança do legislador em relação àqueles que litigam por interesses que não lhes são próprios. Voltamos, assim, à idéia expressa no prólogo deste trabalho, sobre a disciplina da sociedade anônima como autêntico 'direito constitucional' da economia, no setor privado.

Fundamento da legitimidade do poder de controle, no setor avançado da economia, ou seja, aquele que dita as leis do mercado, é o cumprimento dessa função social, conforme o princípio constante do art. 170, III, da Constituição de 1988. Isto significa, em estrita lógica, que, onde o controle se exerça em sentido contrário a essa sua finalidade, toma-se antijurídico, por violar o mandamento constitucional. A legitimidade, ou fundamento axiológico do poder, é, no caso, elemento integrante do conteúdo literal da norma. A sanção natural, por conseguinte, é a perda do direito ao controle; não, apenas, pela nacionalização da empresa, que é remédio para os casos extremos, em que estão em jogo interesses fundamentais da nação, em seu conjunto, mas também da expropriação do controle, em proveito de outro empresário.

Como se percebe, a medida punitiva não se aplica, apenas, aos administradores da pessoa jurídica, mas também aos seus controladores, de direito ou de fato. Trata-se de sanção da incompetência na gestão empresarial, independentemente de qualquer prova de desonestidade, em aplicação do princípio de que o exercício do controle, ou da administração de uma pessoa jurídica, é uma função social.

A via está assim aberta, no direito comparado, à expropriação do poder de controle, em benefício de outros empresários, pelo descumprimento de sua finalidade."

⁵⁰⁹ Esta última hipótese, aliás, representa a forma adotada pelo Direito alemão (COROTTO, Suzana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão*. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 111): "a oposição [pelo devedor] é considerada irrelevante, se cumulativamente (§ 247 II): o devedor não ocupar no plano uma posição econômica pior do que teria no processo regular (§§ 159 ss.); e se nenhum credor receber um valor econômico maior do que o seu crédito original."

6. LIMITES IMPOSTOS AO JUIZ NA ANÁLISE DA VOTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Definiram-se no capítulo anterior os limites de atuação dos credores e do devedor na assembleia-geral de credores da recuperação judicial para a votação do plano.

Resta necessário definir quais são os poderes e as atribuições do magistrado na apreciação do plano de recuperação judicial, seja pela forma prevista no art. 45, seja pela constante no art. 58 da Lei n.º 11.101/2005.

6.1. A aprovação do plano de recuperação judicial pelo *quórum* previsto no art. 45 da Lei nº 11.101/2005

Existe um consenso doutrinário formado no sentido de que somente aos credores cabe deliberar sobre o mérito do plano de recuperação judicial⁵¹⁰, para a hipótese de se alcançar o *quórum* previsto no art. 45 da Lei de Falências (simplicadamente: aprovação por maioria em cada uma das classes). Ao juiz não cabe digressões sobre a viabilidade ou adequação do plano de recuperação judicial.

Assim, para a hipótese do art. 45 da Lei n.º 11.101/2005 cabe ao juiz apenas um controle de legalidade do procedimento⁵¹¹. No mesmo sentido, na Alemanha o *mérito* das deliberações também fica submetido aos credores através de votação por maioria⁵¹², cabendo ao juiz a análise formal do procedimento. Também, no Direito francês caso o plano seja rejeitado pelos credores, não caberá ao juiz aprová-lo. Deverá oportunizar aos credores e

⁵¹⁰ COVAS, Silvano in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 301: "Além disso, outra diferença a ser destacada é o fato de que, em relação à objeção, a nova lei limita a atuação do juiz à convocação da assembleia-geral, a qual deve apreciar o teor da manifestação dos credores e decidir sobre o plano de recuperação, ao passo que, no antigo sistema (artigos 144 e 145), o julgamento competia ao juiz."

⁵¹¹ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 259: "A lei brasileira não confere ao juiz nenhuma margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordantes. Basta, e dizemos isso sem nenhuma conotação pejorativa, verificação aritmética do resultado da assembleia."

⁵¹² COROTTO, Suzana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão*. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 111.

devedor que preparem novo plano de recuperação em bases diferentes, permitindo-se, após, nova apreciação⁵¹³.

Em sentido oposto, embora o Judiciário italiano aja de forma predominantemente passiva no tratamento da concordata⁵¹⁴, com caráter eminentemente negocial do instituto⁵¹⁵, havendo dissenso de uma ou mais classe de credores cabe ao juiz um exame de mérito⁵¹⁶. Nesta análise, o juiz deve observar - como critério - se a proposta de concordata alcança, pelo menos, o valor que seria possível com a liquidação falimentar, através de decisão motivada⁵¹⁷. Como forma de proteção às minorias, mesmo que o plano seja aprovado pelos credores - por maioria -, qualquer credor pode *contestar a conveniência da proposta* apontando que receberá maior crédito com a liquidação do devedor, cabendo ao Tribunal homologar o plano somente se tal hipótese não se verificar.

No Direito Falimentar brasileiro, são hipóteses de irregularidade que ensejam a anulação do resultado, exemplificativamente: ausência de publicação do edital de convocação dos credores; descumprimento de lapso temporal mínimo entre a publicação do edital e a data

⁵¹³ JEANTIN, Michel; CANNU, Paul Le. *Droit Commercial: entreprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 578.

⁵¹⁴ FIALE, Aldo. *Diritto Fallimentare*. 16. ed. Nápoles: Simone, 2008. p. 295: "Il decreto correttivo è intervenuto solo parzialmente sulla norma in esame, precisando che la valutazione di merito della proposta spetta al comitato dei creditori, mentre al giudice delegati *compete una delibazione di mera legittimità sulla ritualità della proposta*, in coerenza con il nuovo assetto dei rapporti fra gli organi preposti al fallimento."; FRANCO, Angelo del. *Concordato fallimentare in CAIAFA*, Antonio. *Le procedure concorsuali nel nuovo Diritto Fallimentare*. Turim: UTET Giuridica, 2009. p. 549: "Del resto, una valutazione sulla meritevolezza del debitore insolvente si porrebbe in contrasto con la ratio della riforma, che ha escluso lo stesso potere (comunque non discrezionale) del tribunale di effettuare una valutazione di convenienza della proposta di conc. fall. (così come nel concordato preventivo)."

⁵¹⁵ PACCHI, Stefania. Il concordato fallimentare in BERTACCHINI, Elisabetta; GUALANDI, Laura; PACCHI, Stefania; PACCHI, Gaetano; SCARSELLI, Giuliano. *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milão: Giuffrè, 2007. p. 370: "Viene meno il controllo di merito del tribunale, la disciplina attuale esaltando il profilo negoziale della procedura ma, nel contempo, ponendo seri interrogativi sulla tutela dei creditori deboli."

⁵¹⁶ Ibidem. p. 371: "Quando vi sia stato il dissenso di una o più classi di creditori è demandato al giudice un esame di merito."

⁵¹⁷ Ibidem. p. 371-372; FIALE, Aldo. *Diritto Fallimentare*. 16. ed. Nápoles: Simone, 2008. p. 298 (Ou há consenso entre os credores ou há uma segunda hipótese abaixo ora mencionada: "- *siano state proposte opposizioni* da parte dei creditori: il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio; - oppure nell'ipotesi di concordato con suddivisione in classi, un creditore appartenente ad una classe dissenziente abbia contestato la convenienza della proposta. In tal caso, il tribunale può procedere all'approvazione del concordato, qualora ritenga, previa valutazione, che il creditore appartenente alla classe dissenziente possa essere soddisfatto nel concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili in sede fallimentare. Si tratta dell'unico caso in cui il tribunale può esercitare un vero e proprio sindacato di merito sulla proposta di concordato."

da assembleia-geral de credores; cômputo de voto de credores impedidos de votar, desde que relevantes para modificar o resultado da votação; instalação da assembleia-geral em primeira convocação sem a presença de *quórum* mínimo previsto na Lei de Falências.

Verificada a regularidade do procedimento e o cômputo de votos nos percentuais mínimos indicados no art. 45 da Lei de Falências deve ser aprovado o plano de recuperação judicial, excetuado que o mesmo tenha sido modificado durante a assembleia-geral de credores, situação em que o juiz deverá analisar a existência de prejuízos aos credores ausentes.

6.1.1. Alteração de plano durante a assembleia-geral de credores e a análise de prejuízo aos credores ausentes

Como já visto, a Lei de Falências admite em seu art. 56, § 3º que o plano de recuperação judicial seja modificado *durante* a assembleia-geral de credores.

Com a finalidade de proteger os credores que se encontrem ausentes da assembleia, o legislador dispôs que "o plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes" (art. 56, § 3º).

Jorge Lobo salienta que a modificação do plano operada em assembleia-geral de credores é válida desde que "não haja diminuição dos direitos dos credores ausentes"⁵¹⁸. Em sua concepção, a modificação do plano para reduzir direitos somente se aplica aos credores que participaram da assembleia, mesmo os que se abstiveram de votar ou se retiraram no início dos trabalhos "e não produzirá efeitos em relação aos credores que não compareceram, quando impuser redução exclusivamente dos seus direitos"⁵¹⁹.

⁵¹⁸ LOBO, Jorge *in* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171.

⁵¹⁹ *Ibidem*. p. 172.

6.2. Análise do plano de recuperação judicial nos limites do art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005

A Lei n.º 11.101/2005 possibilitou que o plano de recuperação judicial seja aprovado, mesmo que não alcance as margens de votos favoráveis previstas no seu art. 45.

A Lei Falimentar faz constar em seu art. 58, §1º que o juiz *poderá* conceder a recuperação judicial desde que preencha novos requisitos cumulativos, a saber: a formação de maioria por novos critérios e a ausência de tratamento diferenciado da classe que rejeitou o plano.

6.2.1. Formação de *quórum* alternativo

Dispõe o art. 58, §1º, da Lei n.º 11.101/2005⁵²⁰, sobre a formação de uma maioria alternativa a ser composta: pelo voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; com aprovação em duas classes de três ou uma de duas, conforme os critérios previstos no art. 45; na única classe que rejeitou deverá ter o voto favorável de *mais* de 1/3 dos credores na forma do art. 45.

Existe a possibilidade da aprovação de plano na forma do art. 45 da Lei de Falências ou de absoluta rejeição do plano apresentado. Aqui há "uma situação por assim dizer intermediária entre as duas hipóteses (aprovação pelos credores da recuperação ou decretação da falência)"⁵²¹.

⁵²⁰ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

⁵²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 166.

A substancial modificação entre as maiorias previstas no arts. 45 e 58, §1º da Lei de Falências está em que na primeira hipótese todas as classes devem aprovar o plano e na segunda hipótese admite-se que uma classe rejeite-o, contanto que haja votos favoráveis de mais de 1/3.

Justamente em razão de admitir-se a rejeição do plano por uma das classes é que se fez a ressalva no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005 sobre a necessidade de formação da maioria na soma das três classes, considerando o valor dos créditos votantes⁵²². Ocorre que na primeira hipótese tal maioria é óbvia. Não há como alcançar-se a maioria em cada uma de todas as classes e não ter-se a maioria dos credores presentes independentemente de classificação.

6.2.1.1. Ausência de tratamento diferenciado na classe que rejeitou o plano

No Direito americano, o § 1.129⁵²³ do Bankruptcy Code de 1978 permite que o plano de recuperação judicial possa ser confirmado pelo juiz⁵²⁴, mesmo que tenha sido rejeitado pelos credores⁵²⁵, desde que não apresente *discriminação injusta*⁵²⁶ e seja *justo e equitativo*⁵²⁷.

⁵²² LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178.

⁵²³ [omissis]

(1) Notwithstanding section 510 (a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan.

[omissis]

⁵²⁴ EPSTEIN, David; NICKLES, Steve; WHITE, James. *Bankruptcy*. Minnesota: West, 1993. p. 839.

⁵²⁵ BATISTA, Carolina Soares João *et al.* A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação do plano aprovado por todas as classes. *Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 45, São Paulo, 2006. p. 205-209.

⁵²⁶ Discriminação injusta refere-se ao plano horizontal. Significa que os credores da mesma classe não poderão receber tratamento diferenciado entre eles.

⁵²⁷ Tratamento justo e equitativo refere-se ao plano vertical. Significa que os credores de classes menos privilegiadas não poderão receber melhor tratamento no plano do que aquelas mais privilegiadas.

Entende-se por *justo e equitativo* (fair and equitable) que o plano não pode ser injusto na relação *vertical*, dando-se, por exemplo, preferência de pagamento aos créditos menos privilegiados⁵²⁸. A *discriminação injusta* (unfair discrimination) refere-se ao plano *horizontal*, não se admitindo pagamento diferenciado entre credores da mesma classe⁵²⁹.

No Direito brasileiro, para que se admita a aprovação do plano com base na maioria alternativa, o legislador impôs que poderá ser concedida a recuperação judicial "se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado"⁵³⁰.

A Lei de Falências veda "que determinados credores da mesma classe - v.g., classe III, credores quirografários - recebam, por exemplo, 50% do total do seu crédito; outros, 60%; outros, 70% etc."⁵³¹.

A regra se compara à previsão do Direito americano de que o plano não deve apresentar *discriminação injusta*, vale dizer, tratamento diferenciado entre credores da mesma classe. Se todos os credores aceitarem o tratamento diferenciado, não chegaremos a tal hipótese. Justamente o que se supõe é o tratamento distinto com a inconformação dos credores que compõem a classe.

A regra não se aproxima da previsão do Direito americano de que o plano seja *justo e equitativo*, o que se verifica no plano vertical, a qual não se aplica ao Direito brasileiro⁵³². Assim, se o plano trata melhor o credor quirografário do que o trabalhador, do ponto de vista legal não há óbice. Ou os credores rejeitam o plano em margem que não admita maioria alternativa ou consentem com tal fator.

⁵²⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 290.

⁵²⁹ Ibidem. p. 289.

⁵³⁰ Art. 58...

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

⁵³¹ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178.

⁵³² MUNHOZ, Eduardo Secchi in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 291: "Isso porque o art. 58 não cuida das relações verticais entre os credores ao conferir ao juiz o poder de superar o veto de uma classe, o que pode levar a resultados injustos e inusitados."

6.2.1.2. A hipótese do credor único da classe

Há uma hipótese que o legislador aparentemente não previu ao elaborar o art. 58 da Lei n.º 11.101/2005. Trata-se do caso em que existe apenas um credor na classe que rejeitou o plano.

Em diversos momentos o legislador criou disposições buscando evitar que se formassem maiorias que controlassem a assembleia, seja para aprovar, seja para rejeitar o plano.

Exemplificando, o voto da classe dos trabalhadores conta-se por cabeça - e não por valor de crédito - para evitar que se forme maioria pelo valor desproporcional dos créditos que devem ter os altos executivos e os trabalhadores de *chão de fábrica*⁵³³. Assim, admitido o valor do crédito como base para voto trabalhista, teríamos um voto valendo, possivelmente, por dezenas de outros.

Os credores com garantia real e quirografários, por exemplo, são submetidos ao sistema de dupla maioria de votação (por cabeça e por crédito)⁵³⁴. Desta forma, evita-se que um grande credor possa, sozinho, aprovar o plano de recuperação judicial na sua classe. Novamente, trata-se de uma forma de evitar a condução da recuperação judicial pela minoria.

⁵³³ MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, vol. IV. p. 111: "Essa regra da proporcionalidade é excepcionada nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, momento no qual os credores são chamados para decidir se aceitam ou não a proposta apresentada pelo devedor para a superação da crise econômico-financeira da empresa. Para tais deliberações, especificamente, os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, por força do artigo 45, §2º, da Lei 11.101/05, votam por cabeça (voto *per capita*), independentemente do valor de seu crédito: a cada um corresponde um voto, tenha direito a R\$ 300,00 ou a R\$ 30.000,00. Andou bem o legislador nessa previsão. Essa deliberação decidirá entre o deferimento de um plano de recuperação para a empresa ou a declaração de sua falência, como deixa claro o artigo 73, III, da Lei 11.101/05. É razoável esperar que a classe dos trabalhadores organize a sua avaliação e sua deliberação sobre o plano de recuperação tendo por referência a manutenção da produção e, com ela, dos postos de trabalho. Essa percepção do problema da empresa e de uma solução para o mesmo poderia ser comprometida sobremaneira se empregados com altos salários, como altos executivos, ostentando seus créditos vultosos, pudessem se sobrepor nas deliberações a dezenas ou mesmo centenas de trabalhadores de *chão de fábrica*, cujos baixos salários determinariam um esvaziamento quase completo de seu poder de deliberação."

⁵³⁴ LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120; na Alemanha também se utiliza o sistema de dupla maioria na apuração da maioria em assembleia-geral de credores (COROTTO, Suzana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão*. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 108); o Direito francês também adota o sistema de dupla maioria (JEANTIN, Michel; CANNU, Paul Le. *Droit Commercial: entreprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 577); em sentido oposto, no Direito italiano se calcula a maioria exclusivamente pelo valor dos créditos (FIALE, Aldo. *Diritto Fallimentare*. 16. ed. Nápoles: Simone, 2008. p. 338).

A Lei de Falências divide os credores em classes para fins de votação e aprovação do plano de recuperação judicial. Assim, "o objetivo da divisão dos credores reunidos em Assembléia em classes é o de impedir distorções na formação da vontade da comunhão"⁵³⁵.

Como se observa, o legislador buscou distribuir o poder entre os credores, de forma a evitar o controle do resultado por um só credor ou por apenas uma classe de credores sobrepondo-se ao interesse dos demais.

Cesare Vivante afirmava há um século que o acordo judicial de uma maioria de credores servia justamente para evitar "que o capricho ou a má vontade de poucos impeça uma composição equitativa, que pode evitar muitos desastres ao comerciante, aos seus credores e à economia geral"⁵³⁶.

A concentração de absoluto poder na assembleia em mãos de apenas um credor é o que se verifica com a presença do credor único da classe. Ocorre que nessa hipótese jamais se alcançará maioria ou aprovação de mais de 1/3 dos credores da classe sem o voto de um credor específico. Embora o seu voto não seja decisivo para aprovar o plano, seguramente o seria para rejeitá-lo diante da sistemática posta nos arts. 45 e 58 da Lei de Falências.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apreciou a questão compreendendo, com razão, que se trata de uma lacuna na Lei de Falências e que não cabe ao credor único da classe impor a falência da devedora:

Recuperação judicial - Plano aprovado pela unanimidade dos credores trabalhistas e pela maioria dos credores da classe III do art. 41 e rejeitado por credor único na classe com garantia real - Concessão da recuperação judicial pelo juiz - Agravo de instrumento interposto pelo credor único, com garantia real - Preenchimento indiscutível do requisito do inciso II do § 1º do art. 58 (aprovação por duas classes) - Preenchimento, também, do requisito do inciso I do § 1º do art. 58 (voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes) - Requisito do inciso III do § 1º do art. 58 que jamais será preenchido, no caso de credor único que rejeite o plano, consagrando o abuso da minoria - Hipótese não cogitada pelo legislador e pelo *cram down* restritivo da lei brasileira ? Juiz que, não obstante, não se exime de decidir, alegando lacuna na lei - Inteligência do disposto no art. 126 do CPC, aplicável supletivamente ao caso (art. 189 da nova LFR) - Inexistência de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe ? Falta de legitimidade recursal quanto à dispensa de certidões negativas fiscais, além do que, no sentido da r. decisão

⁵³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 105.

⁵³⁶ VIVANTE, Cesare. *Instituições do direito comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007. p. 453.

combatida, existe caudalosa jurisprudência desta Câmara - Decisão de concessão mantida - Agravo de instrumento não provido.⁵³⁷

No corpo do voto, o Desembargador Romeu Ricupero fez constar o seguinte trecho:

Ora, tendo em vista a lacuna da lei, que obviamente não previu a hipótese de credor único em determinada classe, na redação do disposto no art. 58, § 1º, inciso III, a melhor solução é ignorar a rejeição do credor único.[...]

Aliás, é duvidoso que, na hipótese de credor único com garantia real, geralmente instituição financeira com crédito poderoso e que equivale à maior parte da dívida da recuperanda, o voto desse credor, que rejeitou o plano, deva ser considerado para o efeito do inciso I do § 1º do artigo 58.

Isso equivaleria, do mesmo modo que acontece com o inciso III do § 1º do art. 58, a inviabilizar o *cram down*, ou seja, a impedir "a possibilidade de o juiz impor aos credores discordantes o plano apresentado pelo devedor e já aceito por uma maioria".

A não ser assim, sempre que houver credor único com garantia real, hipótese que não é rara, e esse credor não aprovar o plano, e tendo em vista o fato de que sempre o crédito com garantia real é vultoso, ou seja, constitui parcela ponderável do total da dívida da recuperanda, então existiria o "abuso da minoria", provocando fatalmente a quebra de empresa quiçá com possibilidades de êxito na recuperação judicial.

O requisito do inciso I do § 1º do artigo 58 só não restou atendido porque o único credor com garantia real, ou seja, o agravante, não aprovou o Plano.

Se a rejeição pelo credor único não pode ser considerada, como restou evidenciado acima, o crédito com garantia real também não pode ser computado, para o disposto no inciso I do § 1º do artigo 58.

Por este raciocínio, a Lei de Falências implicitamente inadmite que o credor único da classe concentre poderes para assegurar a rejeição do plano de recuperação judicial⁵³⁸.

Na mesma situação se insere o credor que detém 2/3 ou mais dos créditos da respectiva classe (que exija aprovação por dupla maioria). Assim, embora não se trate do único credor, deste dependeria a assembleia porque sem ele não se alcançaria índices mínimos de votos favoráveis para a aprovação do plano de recuperação judicial.

Desta forma, se a interpretação sistemática inadmite que o credor único da classe imponha óbice *absoluto* à recuperação judicial, idêntico raciocínio aplica-se àquele que, mesmo não estando sozinho em sua classe, alcança efeito igualmente nocivo.

⁵³⁷ TJ-SP, Câmara reservada à falência e recuperação, Agravo de Instrumento n.º 994093429259 (6491924200), Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 18/08/2009.

⁵³⁸ No mesmo sentido, segue decisão do TJ-RS, cujo voto ora se transcreve: "Assim, a aplicação do "cram down" [sic], afastando a rejeição do plano pelo credor único, minoritário para não prejudicar a maioria, restou correta a decisão e bem fundamentada, inclusive com inspeção pessoal do decisor na empresa. Aliás, o agravante não fulcrou sua irrisignação relativamente a qualquer item que dissesse respeito à própria viabilidade econômico-financeira da empresa esboçada na fundamentação sentencial e baseada em algumas das opções legais oferecidas para a recuperação como, por exemplo, a alienação de bens patrimoniais não operacionais e resultantes da reestruturação industrial, a fim de constituir o chamado fluxo de caixa, elemento importantíssimo para sopesar a possibilidade do soerguimento empresarial." (TJ-RS, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70018219824, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, julgado em 19/04/2007)

Em síntese, o voto do credor único da classe deve ser considerado, mas não deve impor, *isoladamente*, a rejeição de plano de recuperação judicial. Portanto, todos os demais requisitos para a aprovação do plano devem ser observados, inclusive aqueles mencionados no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005⁵³⁹, exceto que se alcance o quórum de 1/3 na classe em que ocorreu a rejeição.

6.2.2. Interpretação de "poderá" contido no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005

A Lei de Falências estabeleceu nos arts. 45 e 58, *caput* que o juiz *concederá* a recuperação judicial que tenha preenchido determinados requisitos.

Existe uma hipótese alternativa prevista no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005 em que, por novos critérios, o juiz *poderá conceder* a recuperação judicial. Carlos Klein Zanini sustenta que é "o benefício da segunda chance" concedido ao devedor, cujo mecanismo fica "sujeito ao prudente arbítrio do juiz da causa"⁵⁴⁰.

Ocorre que a Lei de Falências textualiza que o juiz *poderá* conceder a recuperação. Contudo, deixa de esclarecer o significado de tais termos, gerando controvérsia na doutrina, com variadas interpretações.

6.2.2.1. Primeira corrente: a concessão da recuperação judicial como ato obrigatório

A primeira posição formada sobre o significado da palavra *poderá* (conceder a recuperação judicial) indica que não há critérios para que o juiz tome posição e conceda ou rejeite a recuperação judicial.

Desta forma, diante da ausência de critérios especificados pelo legislador, a melhor interpretação seria a de que, uma vez preenchidos os requisitos *alternativos* do art. 58, § 1º da

⁵³⁹ Os critérios previstos no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005 serão esclarecidos nos subcapítulos subsequentes.

⁵⁴⁰ ZANINI, Carlos Klein in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 334.

Lei n.º 11.101/2005, o magistrado não poderia deixar de acolher o plano de recuperação judicial, superando, portanto, o veto dos credores:

Ocorre que a segunda alternativa de aprovação do plano - decisão favorável do juiz, superando-se o veto manifestado por uma classe de credores -, tal como regulada no § 1º do art. 58, não depende de fatores relacionados com a efetiva possibilidade de recuperação da empresa, mas, tanto quanto o art. 45, baseia-se na obtenção de determinado número de votos favoráveis na assembléia de credores. Assim, como se verá mais adiante, o *cram down* da lei brasileira, ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém fundamentalmente o poder de decisão com a assembléia geral de credores, quase que estabelecendo um *quorum* alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45; não se abre nenhuma margem para a apreciação pelo juiz da situação econômico-financeira concreta do devedor e do eventual abuso verificado no voto de rejeição do plano manifestado por uma determinada classe.

Em outras palavras, o art. 58, § 1º, acaba por criar um *quorum* alternativo para a aprovação do plano pela assembléia geral, além daquele previsto no art. 45. Alguns poderiam apontar, como diferença entre os dispositivos, o fato de que o juiz, no caso do art. 45, estaria obrigado a conceder a recuperação, ao passo que na hipótese regulada pelo § 1º do art. 58 teria a *discricionariedade* de fazê-lo, desde que outros elementos formassem sua convicção no sentido da viabilidade da consecução dos objetivos da recuperação definidos no art. 47. Essa interpretação poderia fundar-se na expressão *poderá*, que é empregada pelo § 1º do art. 58. Contudo, ante a falta de outros critérios definidos pela Lei para que o juiz possa aprovar ou rejeitar o plano, essa não parece constituir a melhor interpretação do § 1º do art. 58. A interpretação sistemática da Lei leva a concluir que, estando presentes os requisitos nos incisos I a III do § 1º e no § 2º do art. 58, o juiz não poderá deixar de conceder a recuperação, superando, portanto, o veto apresentado por uma classe de credores.⁵⁴¹

Jorge Lobo apresenta interpretação similar assinalando que cabe ao juiz conceder a recuperação judicial na hipótese de preenchimento dos requisitos alternativos para a aprovação do plano⁵⁴².

Assim, nesta linha de interpretação não há uma possibilidade de o juiz rejeitar o plano de recuperação judicial se foram alcançados os requisitos *alternativos*. A expressão "poderá conceder" interpreta-se como uma obrigação do magistrado. Haveria um *dever* de conceder a recuperação judicial.

⁵⁴¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 289.

⁵⁴² LOBO, Jorge in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177-178.

6.2.2.2. Segunda corrente: a concessão da recuperação judicial como ato discricionário

Por esta linha de interpretação, não há *dever* em conceder-se a recuperação judicial, mas uma decisão *discricionária*.

Silvânio Covas sustenta que o magistrado pode conceder a recuperação judicial, fruto de uma *opção discricionária, conferida ao prudente arbítrio do juiz*:

A hipótese intermediária do § 1º traduz-se em opção discricionária, conferida ao prudente arbítrio do juiz. Com o dever constitucional de fundamentar as suas decisões (v. artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal), ao conceder a recuperação judicial com base no § 1º, o magistrado deve fazê-lo objetivando a manutenção da unidade produtiva e economicamente viável. Aliás, esse é o grande objetivo do novo instituto: viabilizar a superação da crise econômico-financeira da empresa, permitindo a sua reestruturação, e preservar os direitos dos credores, prevalecendo o interesse social.

O resultado de apreciação quanto ao plano há de ser submetido ao juiz em qualquer caso: quando não objetado pelos credores ou aprovado pela assembléia-geral, limita-se o magistrado a homologar a aprovação do plano; quando não aprovado pela assembléia-geral e constatado o quórum do § 1º em tela, o juiz tem a discricionariedade de aprovar ou não o plano; e, no caso de plano não aprovado pela assembléia-geral, nem pelo juiz, nos termos do § 1º do artigo 58, deve ser decretada a falência da empresa.⁵⁴³

Fábio Ulhoa Coelho adere a esta corrente apontando "ele [o juiz] terá a discricionariedade para aprovar ou não o plano que quase alcançou o quórum qualificado"⁵⁴⁴.

Assim, a concessão da recuperação judicial pela via do art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005 seria uma decisão discricionária do magistrado.

6.2.2.3. Por uma terceira corrente: negação da discricionariedade e a concessão da recuperação judicial como ato vinculado

As correntes anteriormente mencionadas se basearam na compreensão de que existe uma lacuna na Lei de Falências, visto que existe a palavra *poderá*, mas inexistem critérios de sua aplicação. Por isso, formou-se uma corrente que compreendeu que a lacuna não pode ser

⁵⁴³ COVAS, Silvânio in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 306.

⁵⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 167.

preenchida pelo intérprete e outra que atribuiu ao juiz um poder *discricionário* por ausência de critérios previamente dados ao judiciário.

Não há controvérsia plausível sobre a existência de lacuna⁵⁴⁵ no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005, na medida em que não há critérios ou valores claros para que o magistrado possa ("*poderá*") aprovar o plano de recuperação judicial.

Winfried Hassemer afirma que existe um "condicionamento central" do juiz à codificação⁵⁴⁶, mas alerta que é uma posição "ingênua" daquele que supõe que a decisão será dada pelo magistrado mediante mera subsunção da regra ao caso concreto⁵⁴⁷. Com o pressuposto de que a Lei é imperfeita e, necessariamente, precisa ser interpretada, foram criados diversos métodos de interpretação, com a finalidade "de amarrar a atividade decisória do juiz"⁵⁴⁸. No entanto, mesmo nas situações em que as instruções de determinada regra "parecem ser claras", esclarece Winfried Hassemer que o juiz "não está, em virtude disso, vinculado a um determinado resultado decisório"⁵⁴⁹. Por outro lado, não se pode afirmar que o juiz possui poder discricionário para aprovar o plano de recuperação judicial.

Karl Engisch assinala que "o conceito de discricionarietà (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito"⁵⁵⁰. No entanto, entre as diversas hipóteses conceituais, o autor assinala a "discricionarietà vinculada" como aquela em que o "poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o 'único ajustado', em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta"⁵⁵¹.

⁵⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 526: "O termo "lacuna" faz referência a um carácter incompleto. Só se pode falar de "lacunas" de uma lei quando esta aspira a uma regulação para um determinado sector que é, em certa medida, completa. O acentuar do conceito de lacuna está, pois, também em estreita conexão com as aspirações a uma codificação global completa do Direito, que se suscitaram no século XVIII e tiveram o seu ponto alto no século XIX. Mas mesmo quando esta só contém "lacunas" enquanto a questão de que se trata é em absoluto susceptível e está necessitada de regulação jurídica."

⁵⁴⁶ HASSEMER, Winfried. O sistema do Direito e a Codificação: a vinculação do Juiz à Lei. Trad. Peter Walter Ashton. *Estudos de Direito brasileiro-alemão*. Porto Alegre: Faculdade de Direito/UFRGS, 1985. p. 189.

⁵⁴⁷ *Ibidem*. p. 190.

⁵⁴⁸ *Ibidem*. p. 202-203.

⁵⁴⁹ *Ibidem*. p. 203.

⁵⁵⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 214.

⁵⁵¹ *Ibidem*. p. 220.

Eros Roberto Grau faz importante distinção entre *discricionariedade* (*juízo de oportunidade*) e *liberdade de pensar* desfazendo a confusão conceitual pela qual transita a doutrina:

Resta-me tocar na questão da *discricionariedade judicial*, cuja existência nego. O juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculado aos princípios gerais de direito; não produz normas *livremente*.

Todo intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja submetido ao "espírito da lei" ou à "vontade do legislador", estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial, mas não exclusivamente - é óbvio -, pelos que veiculam *princípios* (e faço alusão aqui, também, ao "texto" do *direito pressuposto*). E cumpre também observarmos que os textos que veiculam *normas-objetivo* reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas *normas-objetivo*.

[omissis]

Além disso, outra razão me impele a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa *discricionariedade*. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de *juízos de oportunidade* - porém, exclusivamente, de *juízos de legalidade*. Ainda que não seja o juiz meramente a *boca que pronuncia as palavras da lei*, como se vê do quanto até este ponto venho expondo, sua *função - dever-poder* - está contida nos lindes da *legalidade* (e da *constitucionalidade*). Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*. A *discricionariedade* é exercida em campo onde se formulam *juízos de oportunidade* (= escolha entre indiferentes jurídicos), exclusivamente porém quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação.

[omissis]

O que se tem denominado de *discricionariedade judicial* é poder de criação de *norma jurídica* que o intérprete autêntico exercita formulando *juízos de legalidade* (não de *oportunidade*). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente; o *juízo de legalidade* é atuação, embora desenvolvida no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos.

[omissis]

Não obstante, a doutrina insiste no equívoco de confundir *discricionariedade* (*juízo de oportunidade*) com a *liberdade de pensar*, própria da natureza do homem.⁵⁵²

Desta forma, fica evidente que não se confunde *discricionariedade* com a *liberdade de atuação* do magistrado. O que cabe ao juiz é preencher a evidente lacuna existente no sistema. Por outro lado, isso não pode ocorrer por *livre vontade* do intérprete, conforme sua preferência pessoal ou algum critério aleatório⁵⁵³.

⁵⁵² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 207-209.

⁵⁵³ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 646: "De fato, sabemos que, em quase todos os sistemas jurídicos modernos, existe, para o juiz, a obrigação de julgar, à qual ele não pode furtar-se sem cometer uma denegação de justiça. [omissis] Como, de outro lado, a decisão do juiz deve ser motivada, ainda que, à primeira vista, a lei não regulamente o caso, ou o regulamente de uma forma obscura e insuficiente - pois o juiz deve dizer o direito e não pode tomar decisão arbitrária, injustificada -, cumprirá autorizá-lo a recorrer a técnicas de lógica jurídica que lhe permitirão relacionar, de um modo ou de outro, sua decisão como o direito em vigor."

As lacunas são preenchidas, em muitos casos, através dos princípios gerais aplicáveis à matéria⁵⁵⁴. No entanto, tratando-se de um sistema aberto⁵⁵⁵, existe um efeito em que lacuna e teoria se complementam mutuamente para garantir a unidade do sistema:

Existe antes aqui, precisamente, aquele efeito *mútuo* que foi acima descrito: procura-se, primeiro, entender as determinações da lei com o auxílio de uma das teorias e ordená-las nos valores fundamentais do nosso Direito privado; de seguida, retiram-se, da teoria, as conclusões para os casos não regulados; pondera-se a convincibilidade dos resultados assim obtidos; modifica-se, disse sendo o caso, a teoria, numa ou noutra direcção, ou renovam-se as suas consequências, e assim por diante. Portanto, não se integra *primeiro* a lacuna e, *então*, se confecciona a teoria; a lacuna é antes integrada *aquando* da formação da teoria e a teoria é elaborada *aquando* da integração da lacuna. Esse processo não é apenas confirmado pela pesquisa fenomenológica da formação das teorias jurídicas; ele nem poderia, de antemão, apresentar-se de outra forma, pois só assim a justiça e a unidade da ordem jurídica poderiam ser garantidas.⁵⁵⁶

Assim, a lacuna não é simplesmente preenchida pela simples vontade do intérprete, mas deve alcançar seu conteúdo através de uma teoria aplicada em sentido recíproco.

Com ótica diversa, própria da Common Law⁵⁵⁷, Ronald Dworkin ensina que a criação do Direito surge, por vezes, como uma necessidade jurisdicional, e cabe ao magistrado atuar como se fosse um *legislador delegado* visando a dar unidade ao ordenamento jurídico:

As teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito

⁵⁵⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 167-168: "O que foi concluído para a interpretação em sentido estrito, isto é, para a interpretação das normas no quadro do seu sentido literal vale, *mutatis mutandis*, para a *integração de lacunas*. A afirmação da jurisprudência dos interesses de que a integração das lacunas não seria possível através duma argumentação a partir do sistema é impropriedade para um sistema teleológico e, do mesmo modo, também para este não faz sentido a contraposição tão apreciada entre a "construção apreensiva" e a "construção integradora de lacunas". Pois, quando no desenvolvimento do sistema interior de uma ordem jurídica, se trate da descoberta dos valores fundamentais constitutivos, surgem aqueles elementos, com cujo auxílio não só a determinação mas também a integração de lacunas é possível numa série de casos: os princípios gerais."

⁵⁵⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 696: "Enquanto sistema "aberto", o sistema é sempre inacabado e inacabável."

⁵⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 170-171.

⁵⁵⁷ Peter Walter Ashton demonstra toda a evolução da Common Law e da Equity no Direito anglo-saxónico, como um sistema calcado em forma bastante diversa daquela adotada pela tradição romano-germânica (Civil Law) (ASHTON, Peter Walter. *A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxónico*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 64. Porto Alegre: AMP/RS, 2010. p. 163-187). No entanto, para os efeitos da argumentação desenvolvida neste trabalho, não interferem de forma relevante as formas distintas de interpretação dos dois sistemas jurídicos.

costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema.

Isso é muitíssimo conhecido, mas nessa história acha-se oculto um novo nível de subordinação que nem sempre é percebido. Quando os juízes criam leis, a expectativa habitual é a de que eles ajam não apenas como delegados do poder legislativo, mas como um poder legislativo segundo. Eles criam leis, em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivesse agindo por iniciativa própria. Este é um nível mais profundo de subordinação, pois coloca qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos difíceis na dependência de uma compreensão anterior do que os legisladores fazem o tempo todo. Essa subordinação mais profunda é, portanto, simultaneamente conceitual e política.⁵⁵⁸

Vale dizer, o intérprete não deve preencher as lacunas conforme seus *valores* ou *interesses* pessoais. Deve analisar a questão posta e preencher a legislação imaginando qual seria a vontade do legislador, considerando todo o contexto do ordenamento jurídico, caso ele tivesse observado a existência de uma determinada imperfeição legislativa.

Conclui-se que há lacuna no art. 58 da Lei n.º 11.101/2005 e que o intérprete não é livre para interpretar o significado de *poderá* constante no referido dispositivo legal. Deverá atribuir significado que confira integridade ao ordenamento jurídico.

6.2.2.3.1. A necessária análise pelo Juiz do mérito do plano para a concessão da recuperação judicial pela forma do art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005

A interpretação da expressão *poderá conceder* (a recuperação judicial) contida no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005 não pode ser arbitrária e deve levar em consideração todo o contexto do Direito Falimentar mencionado nos capítulos predecessores.

Ronaldo Alves de Andrade esboça adequadamente que o juiz pode conceder a recuperação judicial, devendo observar como fundamento o *princípio da preservação da empresa*. Pondera que se trata de um juízo de *conveniência e oportunidade, especialmente acerca da efetiva possibilidade de recuperação da empresa*⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128-129.

⁵⁵⁹ ANDRADE, Ronaldo Alves de in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 178: "Questão interessante acerca dessa deliberação, que tem nítido caráter decisório, é saber se ela é vinculativa para o juiz, ou

Embora a formulação seja parcialmente correta, falta precisão para esclarecer quando e por que o juiz deverá, observando o princípio da recuperação da empresa, aceitar ou rejeitar o plano de recuperação judicial.

Ocorre que o juiz deverá fazer juízo de mérito sobre o plano de recuperação judicial para concedê-lo na hipótese prevista no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005.

Pelo que foi verificado até o momento, se o critério para a aprovação do plano fosse o simples preenchimento dos requisitos expressos no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005, o resultado positivo deveria ser automático. Não caberia ao juiz resposta alternativa e seria obrigatória a homologação do plano rejeitado.

Viu-se, também, que o juiz não pode agir *discricionariamente* para conceder ou rejeitar o plano de recuperação judicial.

Por exclusão, observa-se que o único elemento que pende de análise e confere a possibilidade de conceder ou rejeitar o pedido de recuperação judicial é a análise meritória pelo juiz do próprio plano.

6.2.2.3.2. O abuso de direito e a função social da empresa como vetores para a análise do plano de recuperação judicial

Para a análise econômica da assembleia-geral de credores, faz-se necessário compreender dois conceitos, a saber, o Ótimo de Pareto e o princípio de Kaldor-Hicks, os quais adiante serão vistos.

Com base em tais institutos será possível compreender mais adequadamente alguns aspectos do abuso de direito e da função social da empresa na recuperação judicial.

seja, se o juiz está ou não obrigado a acatar a decisão da assembléia e decretar automaticamente a falência, nos termos do §4º, do art. 56.

Nos termos do art. 58, mesmo diante de um plano de recuperação rejeitado pela assembléia geral de credores, o juiz poderá deferir o requerimento se ocorrer alguma das hipóteses nele previstas. Nessa hipótese o legislador volta a demonstrar que a decisão deve ser tomada pela maioria e, que se houve expressiva votação para a aprovação do plano apresentado pelo devedor, poderá o juiz, verificando as questões de conveniência e oportunidade, especialmente acerca da efetiva possibilidade de recuperação da empresa.

Entretanto, não podemos perder de vista que o principal objetivo da recuperação judicial da empresa é a superação da crise financeira e a preservação da empresa que apresente condições de continuar no mercado. Assim, ainda que não ocorrendo as hipóteses do art. 58, e mesmo com deliberação em contrário da assembléia de credores, pensamos que com fundamento no art. 47 o juiz poderá conceder a recuperação judicial se entender ser essa a solução que melhor atenda ao princípio da função social da empresa."

A finalidade de tais institutos é o de fornecer vetores para a análise do juiz do plano de recuperação judicial.

6.2.2.3.2.1. O Ótimo de Pareto e o abuso de direito

Com tais premissas, observar-se-á que o Ótimo de Pareto auxilia a verificar o abuso de direito na assembleia-geral de credores.

No cenário da empresa em recuperação judicial temos diversos grupos de interesses, em especial os credores, o devedor, os trabalhadores, os fornecedores e outros indiretamente envolvidos com a atividade empresária, como os consumidores e aqueles que sucedem na cadeia produtiva⁵⁶⁰.

Pode-se supor que a recuperação judicial concedida tende a ser benéfica aos trabalhadores, fornecedores, consumidores e demais envolvidos, interna ou externamente, na atividade empresária. Contudo, pode ocorrer que circunstâncias peculiares do caso imponham, por exemplo, prejuízos a novos consumidores face à manutenção ruinosa de determinada empresa, a qual pactua novos contratos - durante a recuperação - e não os adimple. Mesmo que haja possibilidade de circunstância contrária, é razoável supor que, em regra, não haja perda da coletividade pela manutenção de determinada empresa.

Quanto aos principais interessados na assembleia-geral de credores, o benefício da concessão da recuperação judicial não resta evidente, de forma que tanto o devedor, quanto os credores devem concordar com o plano de recuperação judicial.

O plano de recuperação judicial é apresentado pelo devedor e este deve anuir com eventuais modificações⁵⁶¹. Portanto, se espera que o plano somente venha a ser aprovado em circunstâncias benéficas ao devedor ou que não venha a causar-lhe prejuízos.

Imagine-se que determinada empresa receberá 100% de seu crédito através da recuperação judicial. A princípio, pode-se afirmar que não há interesse do devedor em

⁵⁶⁰ Luiz Fernando Prudente atribui à atividade empresária uma função com caráter endógeno (relações trabalhistas, ambiente de trabalho, interesse dos sócios, entre outros) e exógeno (concorrentes, consumidores, meio ambiente, entre outros) (AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *A função social da empresa*. São Paulo: SRS, 2008. p. 119).

⁵⁶¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 277-278.

recusar, legitimamente, o plano que é ofertado, visto que o seu interesse está em receber o crédito. Poder-se-ia falar, *a priori*, em abuso de direito do credor que recusa o plano que lhe pagaria a totalidade do crédito ou em melhores condições do que se fosse submetido ao concurso de credores. O interesse próprio tornar-se-ia ilegítimo, pois estranho aos interesses estritos inerentes de sua posição.

Enquanto que o Ótimo de Pareto é um critério limite para a derrubada de veto dos credores na Alemanha, na Itália e nos Estados Unidos, no Brasil o mesmo critério de eficiência econômica serve como parâmetro auxiliar na análise de abuso de direito da assembleia-geral de credores. Também se desconsidera o veto, mas não porque a lei manda diretamente, e sim porque se vê como abusivo o seu voto. Se esta é a razão para a rejeição do plano pelos credores, cabe - obrigação - a sua aprovação pelo magistrado.

Por outro lado, a simples razão de um credor rejeitar um plano de recuperação judicial não implica que esteja simplesmente exercendo abusivamente o seu direito de voto.

Suponha-se que expressiva quantidade de credores tenha rejeitado o plano, alcançando apenas a maioria prevista no art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005. Os credores aproveitam o ensejo e motivam em juízo que rejeitaram o plano porque estão seguros que o mesmo é inexecutável e que será impossível pagar os 100% prometidos e que, com muita sorte, será possível pagar 10% dos créditos sujeitos à recuperação judicial. Aqui, não há que se falar em abuso de direito, mas de uma análise meritória do plano de recuperação judicial que leva à conclusão - de alguns credores - pela necessidade de sua rejeição.

Para esta última hipótese levantada, não há nenhuma forma possível ao magistrado de analisar a questão que não passe pela necessária valoração do plano de recuperação judicial. Por esta razão, o juiz *poderá conceder* a recuperação judicial. Não há *dever* de aprovar o plano. A linha divisora é a compreensão pelo magistrado de que será possível, ou não, o seu cumprimento nos moldes pretendidos. Poderá o juiz convencer-se de que o plano não será cumprido e chegar à conclusão de que descabe derrubar o veto dos credores.

6.2.2.3.2.2. O princípio de Kaldor-Hicks e a função social da empresa

O princípio de Kaldor-Hicks é aquele pelo qual se admite que algumas pessoas percam algo, desde que entre benefícios e malefícios haja um saldo positivo⁵⁶². Atinge-se a eficiência de Kaldor-Hicks quando se gera o máximo de benefícios, independente da situação de cada indivíduo. Ao contrário do Ótimo de Pareto, neste princípio admite-se que alguém sofra prejuízos, contanto que o resultado geral seja positivo.

No sub-capítulo anterior chegou-se à conclusão de que a Alemanha, os Estados Unidos e a Itália adotam o Ótimo de Pareto como parâmetro para derrubar o veto dos credores e que no Brasil o mesmo critério é útil para evidenciar o abuso de direito. Ocorre que o Ótimo de Pareto serve como critério que considera apenas o interesse individual do credor e não o da coletividade.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi observam que, economicamente, a empresa se comporta como um feixe de contratos⁵⁶³, sobre o qual não existe o interesse individual, mas uma grande quantidade de interesses entrelaçados. Tal compreensão aporta no Direito através da teoria institucionalista da sociedade⁵⁶⁴ e dos princípios da função social e da preservação da empresa⁵⁶⁵.

⁵⁶² ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76: "Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegar à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados."

⁵⁶³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 13: "Coase mostrou que tudo o que é feito em uma empresa pode ser efetuado por intermédio do mercado com um conjunto (ou "feixe", como se prefere dizer) de contratos adequadamente desenhados" - ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 07: "Se a 'firma' pode ser entendida como um nexo de contratos, então problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia."

⁵⁶⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. IV, t. I. p. 04: " Já o diploma de 1976 adotou, de um lado, o princípio da prevalência da função socioeconômica e comunitária da companhia no art. 116 e, conseqüentemente, o da preservação da empresa, no art. 117. Trata-se de duas normas de interpretação que devem necessariamente ser aplicadas ao presente capítulo, que de modo específico trata da matéria (arts. 206 a 219). Impõem-se a interpretação sistemática das regras de origem contratualista deste capítulo e a aplicação dos modernos princípios da função institucional das companhias e da preservação da empresa, consubstanciados nos referidos arts. 116 e 117. Esses artigos, que devem ser examinados no conjunto legal em vigor (art. 170 da CF de 1988), com efeito, seguiram a universal tendência das

Eduardo Goulart Pimenta esclarece que a empresa cumpre uma função na cadeia produtiva a que está submetida, visto que o esforço conjunto reduz custos e torna mais lucrativa determinada atividade⁵⁶⁶. Eloy Pereira ressalta que por função social da empresa entende-se que a mesma não serve mais para satisfazer apenas a vontade dos sócios, "mas de toda a coletividade e principalmente dos empregados"⁵⁶⁷.

Chegando-se à conclusão de que os credores acolherem o Ótimo de Pareto significa apenas cuidar estritamente de seu interesse individual⁵⁶⁸, a dúvida que surge é sobre o efeito

legislações societárias do pós-guerra. Com fundamento nesses dois princípios, algumas legislações mais radicais (Espanha e Peru) chegam a permitir que o Estado reverta a deliberação assemblear de dissolver a companhia, em face do interesse público na manutenção da atividade empresarial que ela exerça."

⁵⁶⁵ LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & função social*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 219: "A partir destas conceituações, Konder Comparato qualifica juridicamente o poder de comando da empresa como 'manifestação de soberania', servindo-se da noção de 'influência dominante'. Não obstante, reconhece que é idéia amplíssima que parece corresponder à própria noção de 'poder de controle', sendo conveniente destacar que a ordem constitucional atual no Brasil propaga intensamente e de modo difuso a função social da instituição-empresa, que atenderá os interesses da sociedade moderna, conforme dito acima.

Isso confirma a posição desta tese já que aqui se considera a empresa atual como um centro de convergência de interesses subjetivos: interesses do empresário, dos trabalhadores e mesmo do Estado. Não se trata de mero interesse na atividade econômica (como se verifica desde os tempos em que o Direito Comercial tinha como elemento nuclear o comerciante), mas na própria organização produtiva."

⁵⁶⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 14. Belo Horizonte: RDPE, abr-jun, 2006. p. 57: "Ainda que do ponto de vista fático seja possível que um bem ou serviço seja inteiramente produzido ou distribuído exclusivamente por uma pessoa e seus recursos materiais esta operação econômica se revelará certamente mais eficiente - ou seja, mais lucrativa e menos dispendiosa - se efetuada a partir do esforço conjunto e dos recursos materiais de diferentes pessoas, cada qual responsável por uma parte da cadeia produtiva."

⁵⁶⁷ LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & função social*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 153.

⁵⁶⁸ MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 255: "A nova lei é menos uma lei de recuperação de empresas que uma lei de recuperação de crédito; os credores, com toda a legitimidade, pretendem receber o que lhes é devido, sem compromisso com a recuperação do devedor. Embora se espere dos credores o altruísmo decorrente da leitura do art. 47, é certo que, se sentirem que a liquidação do ativo (falência) lhes será mais vantajosa, optarão por ela.

Essa opção, por certo fundada em cálculo de maior vantagem econômica, é legítima e não pode ser superada pela vontade do juiz, ainda que em nome da preservação da empresa. Uma das premissas da recuperação é a de que o valor a ser recebido pelos credores é maior do que o valor que seria recebido na falência. E o sacrifício dos credores passa pela vontade ou não de adesão ao plano.

Poder-se-ia imaginar, neste campo, um embate entre a deliberação da assembleia e a atuação do juiz. Poderá, em tese, o devedor, não obstante a deliberação da assembleia pela rejeição do plano, postular ao juiz a sua aprovação. Poderá o juiz examinar esse pleito, em nome da preservação da unidade produtiva, de amplo interesse social?"

jurídico dos princípios da função social e da preservação da empresa previstos no art. 47 da Lei n.º 11.101/2005⁵⁶⁹.

Tullo Cavallazzi ensina que a função social da empresa age no sentido de sobrepor os interesses da instituição social "sobre as particulares aspirações dos credores"⁵⁷⁰. A recuperação judicial é instrumento de salvaguarda da atividade empresarial e não de credores ou devedor⁵⁷¹. Por esta razão, o Direito Falimentar brasileiro indica que eventualmente cabe impor prejuízos aos credores em favor da coletividade, sob pena de tornar letra morta e sem sentido os princípios da função social e da preservação da empresa.

Embora possam os credores adotar postura não apenas ligada ao seu crédito, o poder-dever de intervir no resultado da assembleia-geral de credores em proteção à coletividade é do magistrado, na forma do art. 58, §1º da Lei n.º 11.101/2005⁵⁷² em que admite que *o juiz poderá conceder a recuperação judicial* quando não preenchidos os requisitos previstos no art. 45. Neste limite do *podrá* muitos fatores jurídicos e econômicos restam intrinsecamente envolvidos, tais como a existência de abuso de direito e o tratamento diferenciado entre os credores.

Do ponto de vista econômico, importa distinguir que o sistema falimentar brasileiro adota o princípio de Kaldor-Hicks na medida em que se admite que os credores venham a ser prejudicados, desde que haja um ganho geral⁵⁷³, aí incluída a coletividade. Contudo, não há possibilidade de que os credores sejam irrestritamente sacrificados ao argumento da eficiência econômica.

⁵⁶⁹ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

⁵⁷⁰ CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 126.

⁵⁷¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em Direito e Economia. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 14. Belo Horizonte: RDPE, abr-jun, 2006. p. 74.

⁵⁷² Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

⁵⁷³ VASCONCELOS, Ronaldo *in* PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 265.

Suponha-se que uma determinada empresa seja prestadora de serviços em imóvel locado e com inexpressivos bens. Mesmo que não haja patrimônio relevante para ser liquidado na falência, pode ser que a atividade exercida traga faturamento que permita o pagamento aos credores de pequena parte dos seus créditos. Assim, ficam os credores entre pouco receber na falência ou pouco receber na recuperação. De outra ponta, não há como obrigar, sempre, que seja feito qualquer plano de recuperação judicial pelo simples fato de que se mantém a atividade empresária e que existe um ganho geral (princípio de Kaldor-Hicks), mesmo que os credores restem largamente ou totalmente desatendidos.

Se o sistema falimentar admite perdas pelos credores, deve-se cuidar para que não se leve a extremos tal possibilidade⁵⁷⁴, sob pena de se afirmar que algumas empresas, mesmo que transitoriamente, não podem mais falir, mesmo que não paguem nenhum credor.

Admitindo-se que o benefício do coletivo é superior aos créditos dos credores, tal fato serviria para justificar que a sociedade não pode falir, mesmo que não fossem pagos os credores, porque no geral haveria ganho (apenas da coletividade em detrimento exclusivo dos credores) o que fere o Direito em razão de sua irrazoabilidade⁵⁷⁵, na medida em que o processo concursal tem no seu cerne o pagamento dos credores.

⁵⁷⁴ SZTAJN, Rachel *in* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 223: "A função social de empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.

Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador na economia.

O perigo que pode derivar de uma interpretação viesada da norma é o assistencialismo. Credores e trabalhadores têm um interesse comum - receber os valores a eles devidos, porém, aqueles, salvo hipóteses tópicas de investimentos específicos e não facilmente transferíveis para outro setor (investimento idiossincrático), preferem receber seus créditos, dando menor importância à manutenção da empresa.

Trabalhadores, notadamente aqueles muito especializados ou os nada especializados, preferem a continuidade da empresa se o mercado de trabalho lhes for desfavorável. Como conciliar esses dois interesses, agora divergentes? Pensar apenas na preservação de empregos leva ao assistencialismo com perda de eficiência. Privilegiar credores pode por em risco os interesses dos trabalhadores. Por isso que sem plano claro e fundamentado em estudos econômico-financeiros elaborados por profissionais espertos, o risco de o assistencialismo prevalecer e, no médio prazo serem todos, credores e trabalhadores, feitos reféns da falência, é real."

⁵⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 154-155: "Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal. Um exemplo, já mencionado, ilumina esse dever.

[omissis]

De outra ponta, dizer que os credores jamais podem perder significa tornar letra morta o princípio da preservação da empresa retornando à época em que nas sociedades somente importava a vontade do sócio e nas concordatas a dos credores.

Assim, admitindo-se, por exemplo, que com a falência os credores trabalhistas receberiam 100% de seus créditos, os titulares dos referidos créditos poderiam opor-se ao plano em razão de receberem, por ele, 90% do valor devido. Da mesma forma poderiam proceder os credores com garantia real ou quirografários. Não se pode falar em abuso de direito porque defendem legitimamente seus interesses, mesmo que de forma naturalmente egoísta. Neste exemplo, ao juiz não é dado simplesmente conceder ou rejeitar o plano, mas analisar se é razoável impor tal prejuízo aos credores ante o benefício supostamente alcançável em favor da coletividade.

Dois são os pontos nodais a serem decifrados pelo magistrado na sua decisão: saber se o plano oferece mais benefícios do que prejuízos no geral (considerando todos os interesses envolvidos); analisar se há sacrifício excessivo imposto aos credores diante das circunstâncias do caso.

Verificar se o plano oferece mais benefícios do que prejuízos pode ser tarefa não alcançável ao juiz na prática em razão de sua complexidade. Contudo, deixa de ser uma questão propriamente de Direito, em razão de sua natureza fático-probatória.

De outra ponta, analisar se o plano oferece desmedido sacrifício aos credores é uma tarefa de sensibilidade do magistrado (valoração). Não há como ousar aferir um número cabalístico que confira a qualidade de divisor de águas. Talvez possa dizer-se que impor 10% de prejuízo ao credor é o limite - para atendimento ao princípio da solidariedade -, ou 15% ou 20% e não se tem um parâmetro lógico para condicionar ou generalizar as decisões judiciais⁵⁷⁶.

Em razão dos critérios acima mencionados, o juiz *poderá conceder* a recuperação judicial ao devedor, derrubando o veto dos credores.

Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada."

⁵⁷⁶ Isso não significa que há uma discricionariedade. Reitera-se que a decisão deve ser vinculada aos vetores mencionados.

7. CONCLUSÃO

O estudo elaborado nas páginas anteriores permite observar que o Direito Falimentar rendeu constantes debates e insatisfações. Desde que existem registros históricos, verifica-se que ocorrem situações em que o devedor não paga suas dívidas com os seus credores e, pela inexistência de patrimônio e condições financeiras, os devedores habitualmente deixavam de pagar os valores devidos, sem que uma solução satisfatória pudesse ser ofertada.

A impossibilidade material que ocorre eventualmente para o devedor adimplir todas as suas obrigações gera uma natural insatisfação dos credores que desejam algo que não pode ser obtido do ponto de vista fático. Transplanta-se para o Direito o foco de desagrado com as situações geradas, tornando prematuro o envelhecimento das sucessivas Leis Falimentares.

Ao longo da história, o Direito Falimentar modificou-se na relação devedor-credores e passou a preocupar-se cada vez mais em satisfazer os créditos não pagos e menos com a simples punição daquele que foi mal-sucedido em suas atividades empresariais.

Em razão das frustrantes experiências do sistema de concordata vigente com o Decreto-Lei n.º 7.661/1945 - apelidada de "favor legal" -, que afastava a participação dos credores, a Lei n.º 11.101/2005 resgata a força da assembleia-geral de credores concedendo amplos poderes aos credores para que aprove ou rejeitem o plano de recuperação judicial.

Fruto de um Estado Social, a Lei n.º 11.101/2005 trouxe notáveis modificações estruturais no Direito Falimentar, privilegiando a preservação da empresa através de normas que, por sua abertura, permitiram inúmeros problemas interpretativos.

Para aferir-se a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial, antes se necessita delimitar quais credores são aptos a votar. Desvela-se que diversos são os credores que não podem se habilitar no feito e outros podem, mas não são aptos a exercer o direito de voto na assembleia que aprecia o plano, o que influencia diretamente a formação do *quórum* de sua instalação.

Para o caso dos credores que votam através de mandato com instruções, viu-se que tal hipótese é expressamente admitida, mas merece um tratamento diferenciado da manifestação de vontade nos casos em que o plano é alterado durante a assembleia-geral de credores. Em tal hipótese não se deve admitir a rejeição do plano pelo credor por falta de instruções do mandante.

Durante a assembleia-geral de credores, via de regra considera-se aprovado o plano de recuperação judicial que obtém a anuência do devedor e a manifestação favorável dos credores através de maioria especificada no art. 45 da Lei n.º 11.101/2005.

A assembleia-geral é soberana para aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial. Contudo, ressalva-se que não se admite abuso de direito de devedor ou credores, encetando-se em razão disso um limite à manifestação de vontade.

Para a votação do plano de recuperação, a Lei Falimentar divide os credores em três classes distintas. A Lei n.º 11.101/2005 apresenta duas formações de maioria nos arts. 45 e 58, §1º. No primeiro caso exige-se a aprovação, por critérios específicos, de todas as classes de credores. No segundo caso, impõe-se a aprovação de duas classes entre três ou de uma entre duas, também por critérios específicos, sendo que a classe rejeitante deverá ter, pelo menos, mais de 1/3 de votos favoráveis. Em ambos os casos existem requisitos diversos vinculados ao plano como a ausência de tratamento diferenciado entre credores da classe que rejeitou o plano ou a proibição de alteração do mesmo durante a assembleia em prejuízo exclusivo dos que não se encontravam presentes.

No caso do credor único da classe, o seu voto pela rejeição pode ser mitigado, na medida em que a sua posição manifestada em assembleia é capaz, por si só, de levar à falência a devedora, resultado este não previsto pelo legislador.

Quando se alcançam os requisitos previstos no art. 45 da Lei Falimentar e inexistente qualquer ofensa ao procedimento é *dever* do magistrado conceder a recuperação judicial, descabendo a sua análise sobre o mérito do plano.

Quando *não* se alcançam os requisitos do art. 45, mas é possível preencher aqueles previstos no art. 58, § 1º da Lei Falimentar, o juiz *poderá conceder* a recuperação judicial, cabendo-lhe a análise do mérito do plano.

Alguns países, como os Estados Unidos e a Itália, não admitem que se imponha plano de recuperação judicial aos credores quando pela liquidação da devedora se possa alcançar ganhos individuais maiores. Em contraposição, o Direito pátrio encontra no princípio da preservação da empresa uma legitimação jurídica para que o juiz imponha prejuízos aos credores - naturalmente não de forma irrestrita - como forma de confrontar com os prejuízos coletivos sofridos por aqueles que dependem das atividades empresariais exercidas pelo devedor.

8. BIBLIOGRAFIA

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Temas de Direito Societário e Empresarial contemporâneos: Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros, 2011

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

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de convergência). *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003. p. 235-245

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

ACCORSI, Álvaro Puelma. *Curso de derecho de quiebras*. 2. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1971.

ALPA, Guido. *Corso di Diritto contrattuale*. Pádua: CEDAM, 2006

_____. *Manuale di Diritto Privato*. 6. ed. Pádua: CEDAM, 2009

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A abusividade da cláusula mandato nos contratos financeiros, bancários e de cartões de crédito. *Revista dos Tribunais*, n.º 719. São Paulo: RT, 1995. p. 07-16

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. *A função social da empresa no Direito Constitucional econômico brasileiro*. São Paulo: SRS, 2008

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona: Bosch, 1962

_____. *Panorama do Direito Comercial*. Sorocaba: Minelli, 2007

ASHTON, Peter Walter. A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 64. Porto Alegre: AMP/RS, 2010. p. 163-187

_____. A importância do direito romano para os sistemas jurídicos do ocidente, especialmente para a Alemanha. *Direito & Justiça*, nº 23. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 279-307

_____. A nova Lei Falimentar alemã. *Direito & Justiça*, n.º 31. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 141-148

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 104. São Paulo: RT, out-dez de 1996. p. 109-126

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Lições de teoria geral do Direito Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

BAINBRIDGE, Stephen. *Corporation law and economics*. Nova Iorque: Foundation, 2002

BALBINOT, André. A nova Lei de Falências e a legitimidade social para a proteção judicial de empresa em dificuldade econômica. *Revista IOB*, n.º 50, 2007

BARROSI-FILHO, Milton. As assembleias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão em teoria de jogos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, n.º 137. São Paulo: Malheiros, jan-mar, 2005. p. 233-238

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Interesse Público*, nº 33. Sapucaia do Sul: Notadez, 2005

BARUFALDI, Wilson Alexandre. O princípio da preservação da empresa na recuperação judicial: conteúdo e deveres de medida. *Revista Jurídica Empresarial*, n.º 10. Sapucaia do Sul: Notadez, set/out de 2009. p. 109/154

BATISTA, Carolina Soares João *et al.* A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o cram down e a apreciação do plano aprovado por todas as classes. *Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 45, São Paulo, 2006. p. 202-242

BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2007

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 87-99

BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 2001

BERTACCHINI, Elisabetta; GUALANDI, Laura; PACCHI, Stefania; PACCHI, Gaetano; SCARSELLI, Giuliano. *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milão: Giuffrè, 2007

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1973

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto romano*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1947, vol. I

BEZERRA FILHO, Manoel Justino; BEZERRA, Adriano Ribeiro Lyra. *Lei de falência na jurisprudência*. São Paulo: RT, 2010

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

_____. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Pólis, 1989

_____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Madri: Reus, 1929

BONFATTI, Sido; CENSONI, Paolo Felice. *Manuale di Diritto Fallimentare*. 3. ed. Pádua: CEDAM, 2009

BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952

CAIAFA, Antonio. *Le procedure concorsuali nel nuovo Diritto Fallimentare*. Turim: UTET Giuridica, 2009

CALNAN, Richard. *Proprietary rights and insolvency*. Oxford: Oxford Professional, 2009

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Coimbra: Almedina, 1998

CANNU, Paul Le; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2009

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, n.º 180. São Paulo: RT, fevereiro de 2010. p. 195-220

CARRARA, Cecília; KHOUDJA, Sônia. O contrato de mandato no Direito alemão. Trad. Daniel Ustárroz. *Revista Jurídica Empresarial*, n.º 6. Sapucaia do Sul: Notadez, jan/fev 2009. p. 147-165

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Recuperação judicial: considerações iniciais sobre o caso Varig, Rio Sul Linhas Aéreas e Nordeste Linhas Aéreas. *Revista Jurídica*, n.º 352, Porto Alegre: Notadez, 2007

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006

CAVALLAZZI FILHO, Túllo. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*. Florianópolis: OAB/SC, 2006

CLARO, Carlos Roberto. *Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa*. São Paulo: LTR, 2009

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

_____. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, vol. III

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970

_____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, n.º 732, São Paulo: RT, outubro de 1996. p. 38-46

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I

COROTTO, Suzana. *Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão*. Porto Alegre: SAFE, 2009

CORRE, P. M. le. *Droit des entreprises en difficulté*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2009

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2003

COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. *Código Commercial do Brazil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1896

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito romano*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

DE, Wolf Michel. *Elements de Droit Commercial*. Bruxelas: Bruylant, 2006

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). *Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

DEBRUCHE, Anne-Françoise. What is "equity"? Of comparative law, time travel and judicial cultures. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 36. Rio de Janeiro: Padma, 2008. p. 229-245

DELL'AGNELLO, Silvia. *Compendio di Diritto Fallimentare*. 6. ed. Nápoles: Simone, 2010

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise; BLARY-CLÉMENT, Édith. *Droit Commercial*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 2007

DINIZ, Gustavo Saad. Existência, validade e eficácia do negócio jurídico estipulado por sociedade empresária. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, nº 19. Julho de 2001. p. 27-32

DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010

DOMINGUES, Matheus Bonenberger. *Aprovação do plano de recuperação judicial pelo juiz em caso de rejeição pela Assembléia-Geral de Credores*. Monografia, Porto Alegre, UFRGS, 2010

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Leis da insolvência e da recuperação das empresas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004

EPSTEIN, David; NICKLES, Steve; WHITE, James. *Bankruptcy*. Minnesota: West, 1993

ESCARRA, Jean. *Principes de Droit Commercial*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936, t. VI

ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do Direito Falimentar à Lei n.º 11.101/2005. *Revista Jurídica Empresarial*, n.º 15. Sapucaia do Sul: Notadez, jul/ago de 2010. p. 11-50

_____; JOBIM, Marcio Felix. *Estudos de Direito Empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. *Estudos de Direito Falimentar*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2011

ESTEVEZ, Diego Fernandes. *Instrumentalidade e efetividade do processo: ressystematização das tutelas antecipadas*. Dissertação de mestrado, Porto Alegre, PUC/RS, 2008

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. *Revista da Ajuris*, n.º 105, março de 2007. p. 153-188

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FARIA, Bento de. *Das fallencias*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1902

_____. *Direito Comercial IV: falência e concordatas*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1947, t. 1

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. XV

FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. 13. ed. Turim: UTET Giuridica, 2010

FIALE, Aldo. *Diritto Fallimentare*. 16. ed. Nápoles: Simone, 2008

FINCH, Vanessa. *Corporate insolvency law: perspectives and principles*. Cambridge: Cambridge, 2009

FRADERA, Véra Jacob de (Org.); MOSER, Luiz Gustavo Meira (Org.). *A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011

_____. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 19. Rio de Janeiro: Padma, 2004. p. 109-119

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A assembleia-geral de credores na nova lei falimentar. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 138. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 71-83

_____. Atos e operações societárias em fraude à lei, visando à tomada ilícita do controle de companhia aberta - Abuso do poder de controle e conflito de interesses caracterizados - Invalidez. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 143. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 255-270

_____. Os conflito de interesses: formal ou substancial? nova decisão da CVM sobre a questão. *Revista de Direito Mercantil*, n.º 128. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 225-262

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

FREGÉ, Gottlob. *Investigações lógicas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Contrato de mandato e o novo Código Civil. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas*, n.º 26. São Paulo: FMU Direito, 2004. p. 11-32

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2005

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2004

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bolonha: Mulino, 2001

GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede: buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Turim: UTET Giuridica, 2009

GAUDEMÉT, Jean; CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2009

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

_____. *Transformações gerais do Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: RT, 2007

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11. edição. São Paulo: Malheiros, 2006

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

_____. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Turim: Giappichelli, 1996

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997

HABERMAS, Jürgen. *Discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990

_____. *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990

HASSEMER, Winfried. O sistema do Direito e a Codificação: a vinculação do Juiz à Lei. Trad. Peter Walter Ashton. *Estudos de Direito brasileiro-alemão*. Porto Alegre: Faculdade de Direito/UFRGS, 1985. p. 189-209

HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1910

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. São Paulo: Sérgio Fabris, 1991

HONORATO, Moreno. *Procedimiento de quiebras*. Buenos Aires: J. M. Bosch, 1999

JACQUEMONT, Andr. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: Litec, 2009

JAIME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne – cours general de droit international privé*. Recueil des cours, 2000

JEANTIN, Michel; CANNU, Paul Le. *Droit Commercial: entreprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do Direito*. São Paulo: Bookseller, 2001

KELSEN, Hans. *O que é justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001

_____. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978

_____. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & função social*. Curitiba: Juruá, 2009

LIPPERT, Márcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elementos de unificação no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003

LOBO, Jorge. Efeitos do silêncio e da ratificação no contrato de mandato civil ou mercantil. *Seleções Jurídicas*. São Paulo: COAD, março 1999. p. 9-11

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, n.º 722. São Paulo: RT, 1995. p. 40-45

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009

LYON CAEN, Ch. *Traité théorique et pratique des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de jurisprudence, 1936, t. II

_____; RENAULT, L. *Traité de Droit Commercial*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, t. I

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

MACKAAY, Ejan. *Analyse économique du Droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2008

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Representação – mandato – conflito de interesses (jurisprudência comentada). *Revista de Processo*, n.º 58. São Paulo: RT, abril de 1990. p. 266-273

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, vol. IV

MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005

MANGE, Eduardo Foz. *Assembléia-Geral de Credores na recuperação judicial*. Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC/SP, 2010

MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de Direito Privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In _____ (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: RT, 2007

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. In ROJO, Raul Enrique (Org.). *Sociedade e Direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: PPGDIR/UFRGS, 2003. p. 125-164

_____. Direito na pós-modernidade e a teoria de Erik Jaime. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Faces do Multiculturalismo: Teoria – Política – Direito*. Santo Ângelo: EDIURI, dezembro de 2007. p. 20-36

MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do Direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito privado*. São Paulo: RT, 2002

MARZIO, Fabrizio di. *La crisi d'impresa: questioni controverse del nuovo Diritto Fallimentare*. Pádua: CEDAM, 2010

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

MENDES, Octavio. *Falências e concordatas*. São Paulo: Saraiva, 1930

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Das falências*. São Paulo: Gerke e Cia, 1899, vol. I

_____. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. XLIII

MIRANDA, Jorge (Coord.). *O sistema contratual romano: de Roma ao Direito actual*. Coimbra: Coimbra, 2010

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. São Paulo: Piaget, 2003

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n.º 12. São Paulo: RT, 2002. p. 50-60

_____. O contrato em movimento no Direito pós-moderno. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 10. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 275-280

NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005

NOBILI, Raffaele. *Contributo allo studio del Diritto d'opzione nelle società per azioni*. Milão: Giuffrè, 1958

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. A cláusula-mandato e o Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, n.º 673. São Paulo: RT, 1991. p. 27-30

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à nova lei de falências*. São Paulo: IOB, 2005

_____. *Tratado de Direito Empresarial brasileiro*. Campinas: LZN, 2004, vol. I, II e III

OLIVEIRA, Nuri Rodriguez. *Quiebras*. Montevideu: Universidad, 1988

OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

PÁDUA, Idiene Aparecida Vitor Proença. Breves noções de *common law* e *equity* no Direito inglês, segundo René David. *Revista Jurídica da Universidade de França*, n.º 15. São Paulo: Unifran, 2005. p. 143-152

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

PEÑA, Frederico Puig. *Tratado de Derecho Civil español*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1951, t. IV, vol. II

PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Direito societário e empresarial: reflexões jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo, Martins Fontes, 2000

_____. *Tratado da argumentação*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

_____. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

PERIN JÚNIOR, Écio. A dimensão social da preservação da empresa no contexto da nova legislação falimentar brasileira (Lei 11.101/2005). Uma abordagem zetética. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 142, São Paulo: Malheiros, 2007

_____. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Nápoles: Scientifiche Italiane, 1991

_____. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, Trad. Maria Cistina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 19. Belo Horizonte: RDPE, jul-set, 2007. p. 09-28

_____. Teoria da empresa em Direito e Economia. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 14. Belo Horizonte: RDPE, abr-jun, 2006. p. 55-74

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

PLANIOL, Marcel. *Droit Civil*. 2. ed. Paris: F. Pichon Successeur, 1902, t. II

QUEIROZ, André Zacarias Tallarek de. *Os credores, o Estado e os interesses privados diante da empresa em recuperação judicial*. Dissertação de mestrado, Curitiba, PUC/PR, 2008

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. II

_____. *Curso de Direito Falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006

_____. *Direito de voto nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009

RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de Droit Commercial*. 7. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972

RIVERA, Júlio César. *Instituciones de Derecho Civil: parte general*. 5. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, t. II

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ROCCO, Alfredo. *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento: trattato teorico-pratico*. Turim: Fratelli Bocca, 1902

_____. *Princípios de Direito Comercial*, Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Florença: Sansoni, 1951

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milão: Giuffrè, 2001

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

RUSSELL, Bertrand. *Introdução à filosofia matemática*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007

SADDI, Jairo. Assembléia-geral de credores: um ano de experiência da nova Lei de Falências. Uma avaliação. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 10. São Paulo, 2007. p. 214-223

SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

SATTA, Salvatore. *Diritto Fallimentare*. 3. ed. Pádua: Cedam, 1996

SATANOWSKY, Marcos. *Tratado de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1957, t. 1

SCHWARTZ, Alan. The law and economics approach to corporate bankruptcy. *Revista de Direito Bancário*, n.º 36. São Paulo, 2007. p. 55-79

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007

SUPINO, David. *Derecho Mercantil*. Trad. Lorenzo Benito. Madri: La España Moderna, 1910

SZTAJN, Rachel. Law and economics. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 137, São Paulo: Malheiros, jan-mar, 2005. p. 227-232

_____. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010

TEDESCHI, Guido U. *Manuale di Diritto Fallimentare*. Pádua: CEDAM, 2001

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2009

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico: o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006

TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. III

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO, Ana Vitoria Mandin. O contrato de cartão de crédito e a cláusula mandato em face do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n.º 16. São Paulo: RT, 2002. p. 165-182

_____. Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão. *Revista dos Tribunais*, n.º 780. São Paulo: RT, outubro de 2000. p. 11-28

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao Welfarismo e ao Solidarismo Contratual. *Revista dos Tribunais*, n.º 844. São Paulo: RT, fevereiro de 2006. p. 85-95

_____. (Org.). *Direito & Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRAÃO, Carlos Henrique (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

TOKARS, Fábio. O Direito Empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 19. Belo Horizonte: RDPE, jul-set, 2007. p. 29-66

TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n.º 75, jul-ago, 2007. p. 177-198

TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*. 7. ed. São Paulo: RT, 2005

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade contratual*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007

_____. *Temas atuais de Direito contratual*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010

VALVERDE, Trajano de Miranda. *A fallencia no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ariel, 1930, 1932 e 1934, vol. I, II e III

_____. *Comentários à Lei de falências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, vol. III

VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1922, vol. I e III

VELJANOVSKI, Cento. *Economía del Derecho*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2006

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008

_____. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, vol. 1

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

VILAR, Bruno Haack. A função social da empresa. *Revista Jurídica Empresarial*, n.º 9. Sapucaia do Sul: Notadez, jul/ago de 2009. p. 133-154

VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. 2. ed. Sorocaba: Minelli, 2007

WALD, Arnoldo. O interesse social no Direito privado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n.º 10. Porto Alegre: Magister, jan/fev de 2006. p. 39-52

_____. *Obrigações e contratos*. 14. ed. São Paulo: RT, 2000

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico filosófico e investigações filosóficas*. 3. ed. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

ZANINI, Carlos Klein. *A dissolução judicial da sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005