



PUC-SP

**HENRIQUE AFONSO PIPOLO**

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA SUA  
APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA**

São Paulo

2016

**HENRIQUE AFONSO PIPOLO**

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA SUA  
APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA**

Tese de Doutorado apresentada ao  
Doutorado em Direito Comercial da PUC-  
SP como requisito parcial para a obtenção  
do título de Doutor.

Orientador: Professor Livre-docente IVO  
WAISBERG

São Paulo  
2016

**HENRIQUE AFONSO PIPOLO**

**PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA  
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA SUA  
APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA**

Tese de Doutorado apresentada ao  
Doutorado em Direito Comercial da PUC-  
SP como requisito parcial para a obtenção  
do título de Doutor.

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

Prof. Livre-docente IVO WAISBERG  
Orientador

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

São Paulo, de            de 2016

À minha esposa Cíntia, companheira de todas as horas, pelo amor, incentivo e compreensão e aos meus filhos Luísa e Pedro, pelas horas de convivência que lhes furtei.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais Rubens e Eloina, pela formação pessoal e profissional que me proporcionaram e pela confiança em meu sucesso.

Aos colegas da Azevedo e Pipolo Advogados Associados, pela compreensão da minha ausência no cotidiano profissional.

Ao Professor Dr. Ivo Waisberg, pela orientação e companheirismo nos momentos difíceis.

Aos professores da UNIFIL e da UEL, companheiros de todas as horas.

Ao Dr. Eleazar Ferreira, Reitor da Unifil, pelo apoio fundamental.

A todos os meus mestres, que me incentivaram nesta caminhada.

“Quanto mais aumenta nosso conhecimento,  
mais evidente fica nossa ignorância”.  
(John F. Kennedy)

PIPOLO, Henrique Afonso. *Princípio da Preservação da Empresa na Recuperação Judicial: uma análise de sua aplicação na Jurisprudência*. Tese de Doutorado em Direito Comercial, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica: 2016.

## RESUMO

A Lei n. 11.101/2005 inaugurou uma nova sistemática para a recuperação das empresas. Consolidando e positivando princípios constitucionais, a referida lei estabeleceu um microsistema que vai de encontro aos ideais do pós-positivismo, no sentido de reconhecer os princípios como uma espécie normativa. Seu art. 47 veio positivar os princípios da preservação da empresa, manutenção da fonte produtiva, dos empregos e dos interesses dos credores. O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise crítica sobre a possibilidade de aplicação ou não do princípio da preservação da empresa em nossos Tribunais nos processos de Recuperação Judicial. A positivação do referido princípio e sua aplicação nas decisões judiciais serão utilizados como premissas no trabalho, pois não há dúvidas de tais constatações. Serão estudadas decisões judiciais para demonstrar a utilização eficaz do princípio da preservação da empresa nos processos de recuperação judicial e outras em que a utilização indevida acarreta prejuízos evidentes a uma das partes e causa insegurança jurídica a toda a coletividade, afetando diversos setores. O princípio da preservação da empresa vem motivando algumas decisões judiciais para superar algumas regras, mesmo quando inexistente qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a justificar a não aplicação do texto da lei, ou situação fática e até mesmo econômica de que a empresa é viável, caracterizando um claro excesso e injustificada utilização. A tese defendida é que o princípio da preservação da empresa no microsistema da Lei n. 11.101/2005 somente pode ser aplicado em situações em que o texto legal não é claro, onde há uma margem para interpretação decorrente da imprecisão ou lacuna que podem ser preenchidas pela discussão doutrinária que envolve o dispositivo em questão. Já nos casos em que a lei é clara, sem que exista dúvida em relação ao seu conteúdo e interpretação, o princípio não deve ser aplicado para se sobrepor à lei, sob pena de violar alguns dos objetivos idealizados pelo microsistema de Recuperação e Falências, notadamente a segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

**Palavras-chave:** Direito Comercial. Recuperação judicial. Princípio da preservação da empresa. Inaplicabilidade. Insegurança jurídica. Previsibilidade das decisões.

Pipolo, Henrique Afonso. Company Conservation Principle in Judicial Recovery: an analysis of its application in the case law. Doctoral Thesis in Commercial Law, São Paulo: Catholic University: 2016.

## ABSTRACT

Law n. 11,101 / 2005 inaugurated a new system for the recovery of companies. Consolidating and positivando constitutional principles, this law established a microsystem that goes against the ideals of post-positivism, to recognize the principles as a normative kind. His art. 47 came positivante the principles of preservation of the company, maintaining the productive source of jobs and the interests of creditors. This study aims to make a critical analysis of the possibility of whether or not the principle of preserving the company in our Courts in the Judicial Recovery processes. The assertiveness of the principle and its application in judicial decisions will be used as premises at work, because there is no doubt such findings. judicial decisions will be studied to demonstrate the effective use of the principle of preservation of the company in bankruptcy proceedings and others in which the misuse is detrimental evident to one party and cause legal uncertainty to the whole community, affecting many sectors. The principle of preserving the company has motivated some judicial decisions to overcome some rules, even when lacking any illegality or unconstitutionality to justify the failure to apply the text of the law or factual situation and even economic that the company is viable, featuring a clear excessive and unjustified use. The argument put forward is that the principle of preserving the company's microsystem of Law. 11.101 / 2005 can only be applied in situations where the legal text is not clear, where there is room for interpretation due to inaccuracy or gap that can be filled by the doctrinal discussion involving the device in question. In cases where the law is clear, without which there is doubt about its contents and interpretation, the principle should not be applied to override the law, without infringing some of the goals envisioned by the microsystem Recovery and Bankruptcy, notably legal certainty and predictability of decisions.

**Keywords:** Commercial Law. Judicial recovery. Principle of preservation of the company. Inapplicability. Juridical insecurity. Predictability of decisions.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AASP	Associação dos Advogados de São Paulo
Abr.	abril
ACCs	Adiantamento sobre contratos de câmbios
ADI/Adin	Ação direta de inconstitucionalidade
Ag.	Agravo
AGC	Assembleia Geral de Credores
Ago.	agosto
AgRg	Agravo regimental
Al.	Agravo de instrumento
Apl.	Apelação
AREsp	Agravo em Recurso especial
Art./art.	Artigo/artigo
Arts.	Artigos
C.	Colendo
Câm.	Câmara
CC	Código Civil
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
Cf.	Confira
Cív.	Cível.
CJF	Conselho da Justiça Federativa
Coord.	Coordenação
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República
CTN	Código Tribunal Nacional
Des.	Desembargador
Dez.	dezembro
DF	Distrito Federal
DJ	Diário de Justiça
DJe.	Diário de Justiça eletrônico

Dr.	Doutor
Dra.	Doutora
ED	Embargos de Declaração
Ed.	Edição
EIRELI	Empresa Individual de Responsabilidade limitada
ES	Espírito Santo
Fev.	fevereiro
Fls.	Folhas
GO	Goiás
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
J./j.	Julgado (a)
Jan.	janeiro
Jul.	julho
Jun.	junho
LREF	Lei de recuperação de empresas e falências
LRF	Lei de Recuperação e Falência
LRJF	Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência
Mai.	maio
Mar.	março
MC	Medida Cautelar
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
N./n.	Número
Nov.	novembro
Op. cit.	<i>Opere citato</i> (Da obra citada)
Org.	Organização
Out.	outubro
P./p.	Página
PA	Pará
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
Resp.	Responsável

RJ	Rio de Janeiro
RO	Rondonia
RS	Rio Grande do Sul
S/A S.A	Sociedade Anônima
S2	Segunda seção
Set.	setembro
SP	São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
UEL	Universidade Estadual de Londrina
UNIFIL	Universidade Filadélfia
Vol.	Volume

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
<b>1. NOÇÕES PROPEDEÚTICAS DO DIREITO COMERCIAL</b> .....	<b>18</b>
1.1 A TEORIA DA EMPRESA: PARADIGMA NORTEADOR DA ORDEM COMERCIAL .....	18
1.2 DO EMPRESÁRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	21
1.3 DA EMPRESA E SUA TUTELA .....	26
1.4 A EMPRESA EM “CRISE” E SUA POSSÍVEL RECUPERAÇÃO .....	31
1.5 A CARGA PRINCÍPIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA INFLUÊNCIA NA ELABORAÇÃO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS .....	36
1.6. A ORDEM POSITIVADA PARA A RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS .....	38
1.6.1. RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS: CONSIDERAÇÕES LEGAIS NECESSÁRIAS ....	42
1.7 A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA COMO VETOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL .....	45
1.8 A LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS: UMA ANÁLISE DA SUA INFLUÊNCIA NA DECISÃO DO CREDOR PARA CONCESSÃO E CUSTO DO CRÉDITO .....	47
<b>2. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL À SUA POSITIVAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL</b> .....	<b>55</b>
2.1. PRINCÍPIOS DO DIREITO: BREVES CONSIDERAÇÕES .....	55
2.2. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS .....	61
2.3. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS .....	66
2.4 CONFLITOS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS .....	69
2.5 REAFIRMAÇÃO DA IMPORTÂNCIA E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA ATUALIDADE .....	78
2.6 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA .....	81
2.7 POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA LEI DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL .....	88
<b>3. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS TRIBUNAIS - UMA ANÁLISE DE DECISÕES VIÁVEIS</b> .....	<b>92</b>
3.1 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A TRAVA BANCÁRIA .....	93

3.2. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A INEXIBILIDADE DE CERTIDÕES NEGATIVAS PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO .....	110
3.3. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A APROVAÇÃO DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO NOS LIMITES DA LEI .....	118
<b>4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS TRIBUNAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS EXCESSOS E SUA INAPLICABILIDADE PARA VIOLAR TEXTO EXPRESSO DA LEI EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....</b>	<b>126</b>
4.1. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E OS CONTRATOS DE CÂMBIO (ACCs) .....	130
4.2. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O MÉRITO DA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO .....	140
4.3. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PRAZO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES CONTRA A DEVEDORA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	148
<b>5. CONSEQUÊNCIAS DO EXCESSO E DO DESAPEGO À LEI – INSEGURANÇA JURÍDICA .....</b>	<b>157</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>162</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>166</b>

## INTRODUÇÃO

Em tempos em que as Constituições têm um papel de grande relevância para a sociedade, pois representam não apenas um instrumento de estruturação do Estado, mas também um meio garantidor de direitos individuais e sociais, toda a legislação infraconstitucional precisa orientar-se segundo os princípios e valores inseridos no texto constitucional, sob pena de ser tida como inconstitucional.

Diante dessas considerações, a Lei de Falências e Recuperação da Empresa (Lei n. 11.101/2005) superou o antigo Decreto-Lei n. 7.661/45 e procurou adequar seu conteúdo e procedimentos ao Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002), de modo a positivizar e consolidar os ditames da ordem econômica inserida na Constituição Federal de 1988.

Os princípios econômicos constitucionais estampados na Constituição Federal, em conjunto com a Teoria da Empresa (que está inserida no Código Civil e exalta o empresário e a empresa como novos paradigmas do Direito Comercial), se apresentam como pedras angulares e o substrato para a criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas reunidas na Lei de Falências e Recuperação da Empresa (LFRE).

Tal cenário permite estabelecer uma correlação entre o novo regramento falimentar e de recuperação das empresas e a positivação dos princípios do regime jurídico-econômico constitucional sob as perspectivas do conceito de empresário, empresa e sua preservação, lançados na Constituição Federal (princípio da função social da empresa) e no art. 966 do Código Civil brasileiro.

Tais normas jurídicas têm-se pautado no sentido de possibilitar a manutenção no mercado de empresas que se encontram em dificuldades financeiras, mas que ainda são viáveis, tendo em vista a importância do seu papel e função social.

A modificação da LFRE, tão almejada por juristas, credores, empresários e pela sociedade, positivou os princípios constitucionais econômicos.

De fato, princípios como manutenção da atividade produtiva, manutenção da livre concorrência, desenvolvimento regional, tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas podem ser encontrados nas disposições da LFRE, ora com mais clareza, ora com maior discricção.

No entanto, destaca-se que nenhum outro princípio tem maior relevância no estudo e aplicação da LFRE como o princípio da preservação da empresa e o

princípio da função social da empresa (desdobramento do princípio da função social da propriedade), sendo amplamente utilizado para justificar a preservação da empresa.

A relevância dos princípios no contexto jurídico atual é indiscutível, ganhando peso sua força normativa, sendo que sua utilização para fundamentar decisões judiciais é fato incontroverso.

O Poder Judiciário vem enfrentando situações em que o princípio da preservação da empresa é utilizado para fundamentar não apenas julgamentos de casos complexos, mas também para superar dúvidas que decorrem da imprecisão das regras recuperacionais, dando maior efetividade à preservação das empresas.

No entanto, o princípio da preservação da empresa também vem sendo utilizado para negar vigência e aplicação a determinadas regras jurídicas que, tecnicamente, não possuem qualquer obscuridade em seu comando, inexistindo qualquer dúvida em relação ao seu conteúdo e aplicação. Tal situação caracteriza uma utilização em excesso e indevida do princípio da preservação da empresa em processos de recuperação judicial.

O presente estudo tem por objetivo apresentar nos primeiro e segundo capítulos questões propedêuticas sobre a empresa, a recuperação judicial e a teoria dos princípios, bem como trazer considerações sobre o conceito e caracterização do princípio da preservação da empresa.

No terceiro e quarto capítulos, demonstrar, por meio das análises de decisões dos Tribunais em processos de Recuperação das Empresas, a aplicabilidade ou não do princípio da preservação da empresa em temas específicos, demonstrando os excessos e consequências da indevida utilização .

Serão analisados casos específicos e selecionados, como a questão da submissão dos contratos de adiantamento de contratos de câmbio ao plano de recuperação, a prorrogação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão das ações contra o devedor, as “travas bancárias”, a inexigibilidade de certidões de regularidade fiscal e o questionamento no Poder Judiciário sobre a aprovação ou não dos planos de recuperação pelos credores.

Buscar-se-á demonstrar que algumas decisões aplicam o princípio da preservação da empresa de forma indevida, em excesso, pois em casos em que a lei é clara, onde não há dúvidas de interpretação, o referido princípio não deve se sobrepor ao comando legal. Somente em “zonas cinzentas” da lei é que o princípio

da preservação da empresa pode ser utilizado para superar uma dúvida e falta de clareza.

O princípio da preservação da empresa é inaplicável nos processos de recuperação judicial nas hipóteses de clareza do texto da lei, onde inexistem margem para interpretações.

Os princípios, de uma maneira geral, não podem ser vistos como um “cheque em branco”, o qual se pode utilizar da forma como o jurista/julgador entender conveniente. Não se trata de mera discricionariedade do julgador.

E na Lei de Falências de Recuperação das Empresas a aplicação do princípio da preservação da empresa deve ser feita com mais cautela. Referida lei não deixou à margem os interesses e direitos dos credores, notadamente apresentando dispositivos que contribuem para a concessão de um crédito mais barato, como consequência de um melhor aparelhamento para recebimento dos valores emprestados. Portanto, é inaplicável o princípio da preservação da empresa para violar disposição clara da lei, na qual inexistem qualquer obscuridade em seu conteúdo, notadamente em situações em que os interesses dos credores estão envolvidos.

Manter no mercado um empresário ou uma atividade econômica a qualquer custo é um erro, mormente quando o Poder Judiciário, sob o pretexto de preservar a empresa, passa por cima dos interesses dos credores ou até mesmo viola dispositivos da lei, como vem ocorrendo em algumas decisões.

A utilização excessiva de princípios em detrimento do texto da lei acarreta como consequência uma série de decisões judiciais das mais variadas e que, aos olhos dos investidores, por exemplo, traduz uma instabilidade jurídica que não coaduna com a expectativa de previsibilidade das decisões. Quanto maior a instabilidade, maior pode ser o custo para o investidor e para o mercado. Ou ainda, o desinteresse pelo investimento no Brasil.

Situações há em que a única alternativa é a “quebra”. Aliás, o insucesso da empresa faz parte do capitalismo e da livre concorrência, princípio este também consagrado na esfera constitucional.

Considerando os pontos apresentados, a tese a ser abordada no presente estudo é demonstrar, pela análise de decisões judiciais, a impossibilidade de se aplicar o princípio da preservação da empresa pelo Judiciário para afastar o texto da lei que contenha conteúdo claro, preciso e sem apresentar margem de dúvida a

justificar sua inaplicabilidade sob o fundamento de preservação da empresa.

Há que se buscar a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica decorrentes da aplicação da lei consubstanciada no microsistema da Lei de Falências de Recuperação das Empresas.

Não se discute que o magistrado pode utilizar-se de princípios para, em situações de extrema exceção, transpor o conteúdo da regra duvidosa, que permeia área e pontos “cinzentos” da lei, para preservar a empresa e, muitas vezes, deixar em um segundo plano a preservação dos interesses dos credores. Em tais casos, as decisões podem ser questionadas, mas podem ser justificadas pela existência de uma “zona cinzenta” que permeia o tema.

No entanto, para que tal fato ocorra, há que se ponderar se a empresa a ser preservada efetivamente tem condições de superar a crise pela qual está passando. E não se utilizar do princípio para pura e simplesmente não aplicar o conteúdo da regra. Deve-se evitar o excesso.

A matéria é atual e relevante, sendo que os debates sobre a utilização e aplicação dos princípios no Direito Comercial ganharam mais força com os estudos do projeto do novo Código Comercial (PL n. 1.572/2011).

Busca-se no presente trabalho aguçar e despertar a reflexão sobre tão relevante e inquietante discussão e buscar possíveis respostas aos seguintes questionamentos: em que situações o princípio da preservação da empresa não pode ser aplicado nos processos de recuperação judicial? Há excessos quando da aplicação do princípio da preservação da empresa nas decisões dos Tribunais brasileiros em processos de recuperação judicial?

Analisar tais situações e demonstrar tais excessos pelo estudo da jurisprudência é o desafio do presente estudo.

A tese ora defendida é que há uma utilização indevida do princípio da preservação da empresa em algumas decisões que envolvem processos de recuperação judicial, violando regras que possuem interpretação clara e sem qualquer vício que as tornem ilegais ou inconstitucionais, trazendo como consequências um evidente desapego da lei, elevado grau de imprevisibilidade nas decisões judiciais e uma insegurança jurídica prejudicial ao mercado.

## 1 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS DO DIREITO COMERCIAL

### 1.1 TEORIA DA EMPRESA: PARADIGMA NORTEADOR DA ORDEM COMERCIAL

O Direito Comercial brasileiro passou por substancial alteração com a entrada em vigência do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406, de 10/01/2002). Todo o regramento comercial passou a ter como paradigma a figura do empresário e a empresa por ele desenvolvida, e não mais o comerciante e os atos de comércio.

Por muito tempo discutiu-se a modernização do modelo em que estava assentado o Código Comercial pátrio para que se chegasse ao modelo atual. De fato, o Código Comercial Brasileiro (Lei n. 556, de 25/06/1850), que pautava todas as relações comerciais, teve sua parte primeira (Arts. 1º a 456) totalmente revogada pelo Código Civil de 2002<sup>1</sup>.

A teoria dos atos de comércio, que fundamentava o Código Comercial de 1850, era a mesma desenvolvida no Código Comercial francês de 1807<sup>2</sup>.

As inúmeras transformações havidas no século XX nas relações comerciais fizeram com que o Direito se adequasse às novas realidades. Neste sentido, enfatiza Paulo Nader que o direito deve adequar-se aos fatos, de forma que o legislador não pode ser um mero espectador da vida social<sup>3</sup>.

O critério que regulava e caracterizava a atividade comercial, ou seja, a prática do ato de comércio<sup>4</sup> não mais atendia à necessidade social.

O modelo adotado pelo Código Comercial brasileiro, para aplicação da lei comercial, influenciava a resolução de conflitos cotidianos e direcionava a atividade das sociedades comerciais. Isso porque, para que a legislação comercial pudesse ser aplicada, restava indispensável a presença do comerciante na relação jurídica,

---

<sup>1</sup>O art. 2.045 do Código Civil de 2002 estabelece: “Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850”.

<sup>2</sup>“O Código Comercial brasileiro inspirou-se diretamente no *Code de Commerce* e, assim, trouxe para o direito nacional o sistema francês de disciplina privada da atividade econômica”. (COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol.1. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22).

<sup>3</sup>“O legislador deste final de século não pode ser mero espectador do panorama social. Se os fatos caminham normalmente à frente do Direito, conforme os interesses a serem preservados, o legislador deverá antecipar-se aos fatos. Ele deve fazer das leis uma cópia dos costumes sociais, com as devidas correções e complementações”. (NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27).

<sup>4</sup>Rubens Requião, citando Alfredo Rocco, define ato de comércio como “todo ato que realiza ou facilita uma interposição na troca” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol.1. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38).

com a prática de atos de comércio.

De acordo com o que regia a antiga primeira parte daquele Código, suas normas regulavam as relações advindas de atos de comércio e, mais precisamente, do comerciante. Ainda, a teoria dos atos de comércio permitia a distinção entre sociedades civis e comerciais pela análise do objeto das sociedades envolvidas<sup>5</sup>.

O grande avanço do sistema capitalista contemporâneo exigia o desenvolvimento de novas bases teóricas, por isso os antigos pilares da legislação deveriam ser revistos.

O expressivo desenvolvimento econômico acabou exigindo um alargamento do campo de aplicação do Direito Comercial<sup>6</sup>.

Constatou-se que algumas situações do cotidiano mercantil ficavam sem regramento específico. É o caso, por exemplo, das sociedades entre pessoas que não praticavam, no exercício de suas atividades, atos de comércio. É o que ocorria com as prestadoras de serviço. Diante desse fato, as regras do Código Comercialista não eram aplicadas, sendo o Código Civil utilizado para suprir as lacunas.

Os fatores acima mencionados serviram para que houvesse uma mudança de paradigma. Utilizando-se dos ensinamentos de Alfredo Rocco, o desenvolvimento da vida econômica exigia mudanças diante das novas relações econômico-privadas, de forma a comprovar o contínuo alargamento da esfera de ação do Direito Comercial<sup>7</sup>.

O quadro acima contribuiu para que uma nova fundamentação teórica passasse a ser estudada. Com a necessidade de se alargar a incidência do Direito Comercial, a regulamentação da atividade econômica organizada é que passou a ser o fundamento deste ramo do direito.

Para Arnaldo Rizzardo, “uma nova dimensão do direito passou a surgir, que se codificou na Itália desde 1942, e se incrementou no pensamento jurídico

---

<sup>5</sup> Maria Eugenia Finkelstein afirma que “O Código Civil de 2002 adotou a teoria da empresa, em contrapartida à antiga teoria dos atos do comércio, adotada pelo Código Comercial de 1850. Segundo a teoria dos atos de comércio, a distinção entre as sociedades civis e as sociedades comerciais era efetuada através da análise do objeto das sociedades envolvidas. A atualmente adotada teoria da empresa centra-se na atividade profissionalmente organizada para produção ou circulação de bens ou serviços” (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 1).

<sup>6</sup> Alfredo Rocco leciona que “as relações reguladas pelo direito comercial tem-se progressivamente multiplicado, de modo que, hoje, o seu campo de aplicação alargou-se desmedidamente. O direito comercial na sua origem tinha uma aplicação bastante restrita”. (ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 58).

<sup>7</sup> ROCCO, Alfredo. Op. cit. p. 82.

universal”<sup>8</sup>. Nesse sentido, o autor ainda conclui que o Direito Comercial deixou de ser um direito do comerciante e dos atos de comércio, de forma que se alastrou para limites mais amplos, regulando o direito dos negócios, *das atividades econômicas*.

Para Mamede<sup>9</sup>, o critério “que considera o sujeito da atividade mercantil, assimilando o fenômeno das empresas” seria o mais adequado para regular as atividades econômicas.

Pode-se afirmar que a figura do empresário passou a tomar corpo a partir do século XX, amparando uma mudança nas bases do regramento mercantil. Surge a teoria da empresa, que tem por origem o direito italiano.

O Código Civil italiano de 1942 estabeleceu a teoria da empresa superando também a teoria dos atos de comércio. “O modelo italiano passa a dispor sobre a regular atividade econômica nos parâmetros de empresa”<sup>10</sup>.

O *Codex* peninsular trouxe o conceito de empresário no seu art. 2.082, que dispõe: “*È imprenditore chi esercita professionalmente un ‘attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi’*”. “É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim de produção ou troca de bens e de serviços”<sup>11</sup>.

Referido modelo serviu de paradigma para que fosse instituído, no Código Civil brasileiro de 2002, um livro específico (Livro II, intitulado “Do Direito da Empresa”), que passou a regular o empresário, a empresa, e todas as sociedades empresárias.

Para Marcelo Feres, “a espinha dorsal do Direito Comercial deixa de ser os atos de comércio, passando a ser a empresa”<sup>12</sup>.

As alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, em relação às empresas e aos empresários, não acarretaram apenas uma mudança terminológica.

De acordo com Arnaldo Wald,

Não há dúvida de que, no particular, houve não só uma mudança de

---

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.

<sup>9</sup> MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 35

<sup>10</sup> FÉRES, Marcelo Andrade. *Direito de empresa no novo Código Civil*. In: VIANA, Frederico Rodrigues (Coord.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41

<sup>11</sup> Art. 2.082. “É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim de produção ou troca de bens e de serviços” (tradução nossa).

<sup>12</sup> FERES, Marcelo Andrade. *Op. cit.* p. 44.

terminologia, mas uma substancial modernização das regras legais aplicadas às empresas e ao empresariado. Atendeu-se à evolução tecnológica, mas também à nova função atribuída à empresa, que passou a exercer importante função social<sup>13</sup>.

No entanto, equivocam-se aqueles que afirmam um entendimento de que o Direito Comercial estaria colocado em segundo plano ou até mesmo deixado de existir em função das alterações havidas na legislação comercial por força da vigência do Código Civil de 2002.

Isso porque não ocorreu a tão discutida unificação dos ramos do Direito Privado. A dicotomia permanece. Essa nova concepção apenas fez com que o clássico Direito Comercial tivesse seu campo de atuação ampliado.

Como consequência das necessárias alterações, toda a legislação comercial brasileira precisou ser ajustada não apenas ao novo paradigma (teoria da empresa), mas também às novas exigências e necessidades cotidianas.

Foi o que ocorreu com a Lei de Falências e Recuperação das empresas (Lei n. 11.101/2005). Além de ajustar-se à nova *teoria*, também procurou atender às necessidades e interesses dos credores, devedores e coletividade.

Também, e não menos importante, houve uma maior positivação de princípios econômicos constitucionais, alinhando a legislação infraconstitucional ao texto maior. Princípios como manutenção da fonte produtiva, função social da empresa e tratamento diferenciado a micro e pequenas empresas estão consagrados na Lei de Falências e Recuperação das Empresas.

Portanto, a empresa como sinônimo de atividade econômica organizada, de empreendimento, passou a ser elemento indispensável e norteador de toda a construção e aplicação do Direito Comercial brasileiro.

## 1.2. DO EMPRESÁRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A alteração dos fundamentos do Direito Comercial fez com que surgisse a figura do empresário em substituição àquela do comerciante. É fato incontroverso

---

<sup>13</sup> WALD, Arnoldo. *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. MARTINS FILHO, Ives Gandra da; MENSE, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI Netto, Domingos (Coord). São Paulo: LTR, 2003, p. 854.

que a teoria da empresa que fundamenta o atual modelo jurídico comercial está consubstanciada no Livro II do Código Civil de 2002, sendo que a caracterização do empresário inaugura o assunto em questão.

No entanto, em que pese o legislador rotular o Livro II do Código Civil como *Do Direito da Empresa*, constata-se que ele não define especificamente a empresa.

O que se verifica é que o empresário é quem foi caracterizado legalmente, sendo que empresa não. Assim, não há uma conceituação clara e precisa de empresa no Código.

Preferiu o legislador, portanto, conceituar e caracterizar o sujeito da relação empresarial (empresário), que desenvolve uma atividade econômica organizada. A empresa, como será visto mais adiante, é o objeto da relação e da atividade econômica desenvolvida pelo empresário.

Como dito, o conceito de empresário está inserido no art. 966 do Código Civil de 2002. De acordo com o dispositivo citado, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”<sup>14</sup>.

Exerce a condição de empresário, de forma geral, toda pessoa que empreende, ou seja, aquela que vai dar “vida” às empresas. Não se confunde, portanto, empresa com empresário. Este é a pessoa e aquela o empreendimento. O empresário é o sujeito, enquanto que a empresa é o objeto da relação jurídica empresarial<sup>15</sup>.

Em que pese o conceito legal apresentar, *prima facie*, uma linguagem simples, acessível e de fácil compreensão, constata-se que a definição se desdobra em vários elementos.

De fato, cada palavra da definição legal da figura do empresário traz consigo conceitos intrínsecos, que merecem atenção especial por parte do intérprete. No dispositivo legal encontram-se os elementos que configuram o empresário. A falta de qualquer desses elementos acarretará a não qualificação da pessoa como empresário, inviabilizando a aplicação das regras inerentes a tal figura do ordenamento jurídico.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) Acesso em: 8 de fevereiro de 2016.

<sup>15</sup> Maria Helena Diniz, em sua obra *Lições de Direito Empresarial*, leciona que “a atividade empresarial é a que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário (pessoa natural ou jurídica), no modo e nas condições de seu exercício”. (DINIZ, 2012, p.14).

O primeiro elemento da definição traz a noção de que a condição de empresário pode ser exercida por qualquer pessoa, seja natural ou jurídica. Nota-se que não há no art. 966 do Código Civil qualquer restrição para que uma pessoa jurídica possa ser caracterizada como empresária.

O empresário deverá exercer suas atividades de forma profissional, ou seja, o profissionalismo é fator indispensável na caracterização do empresário. O profissionalismo está relacionado principalmente com a habitualidade com que a atividade é desenvolvida.

Dessa forma, não pode ser rotulado de empresário o sujeito que exerce atividades esporádicas ou eventuais, sem qualquer traço de habitualidade. Não é empresário quem, em um final de semana, produz determinada mercadoria e a coloca no mercado para venda apenas para se ver livre de uma situação financeira difícil.

Fábio Ulhoa Coelho insere, no profissionalismo, dois outros elementos além da habitualidade: “a pessoalidade e o monopólio das informações”<sup>16</sup>. O primeiro elemento diz respeito à necessidade de o empresário exercer as atividades através de funcionários (e não de forma pessoal); e o segundo justifica-se no sentido de que o empresário detém o monopólio sobre o produto ou serviço objeto da sua empresa, vale dizer, é detentor de todas as informações relativas à qualidade, condições de uso, defeitos, eventuais riscos à saúde etc.

Da definição legal retira-se, também, a ideia de que para a caracterização do empresário é necessário o exercício de uma “atividade econômica organizada”. A atividade é considerada como o próprio exercício da empresa, quer dizer, a produção ou circulação de bens ou serviços. Nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho, “se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços”<sup>17</sup>.

A produção de bens ou serviços é vista como a fabricação de produtos, mercadorias ou a prestação de serviços. É exemplo da produção de bens a fabricação de um automóvel. A produção de um serviço pode ser exemplificada na prestação de serviços bancários.

Já a circulação de bens ou de serviços ganha outra conotação. O termo

---

<sup>16</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11-12.

<sup>17</sup> COELHO. Op. cit. 2005, p. 12.

circulação traduz a ideia de “intermediação”. A circulação de bens é vista como a atividade que faz intermediação entre o produtor e o consumidor. A atividade de um supermercado é exemplo de circulação de bens entre o produtor e o consumidor. A circulação de serviços pode ser concebida como a intermediação entre prestadores de serviços e o consumidor. Um dos exemplos mais citados pela doutrina é o da atividade desenvolvida por uma agência de viagens. Ao vender uma passagem aérea de uma determinada companhia para o passageiro, a agência apenas faz a intermediação na prestação do serviço, pois é a companhia aérea quem vai prestar o serviço de transporte. Assim, há uma intermediação na prestação dos serviços aéreos.

A atividade referida deve ser econômica e organizada. Econômica pelo fato de que toda atividade empresarial visa o lucro ou geração de riquezas. Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

É atividade econômica porque visa criar riqueza ou gerar lucro. É atividade empresarial criadora, a título oneroso, de riquezas, ou seja, de bens (mercadorias) e serviços patrimonialmente avaliáveis, por terem valor econômico<sup>18</sup>.

Não se concebe uma atividade empresarial que seja gratuita ou sem qualquer busca pelo lucro ou riqueza. Cuida-se da síntese do capitalismo, ou seja, não se concebe um empresário ou sociedade empresária que não objetive o lucro. Se determinada reunião de pessoas não tiver o intuito lucrativo, não pode ser rotulada de empresária.

O lucro a ser perseguido para a caracterização do empresário não é o “lucro” meio, que serve para que outras finalidades sejam atendidas (como uma associação religiosa, por exemplo, que obtém lucro em sua atividade para destinar a verba nos seus objetivos principais à caridade). O lucro do conceito empresarial deve ser aquele que consiste no próprio objetivo da produção ou circulação de bens ou serviços.

Para que o conceito de empresário possa efetivamente ser compreendido em sua integralidade, resta a análise do fator “organização”. A atividade do empresário deve ser organizada. Isso porque o atuar empresarial significa articular, de forma organizada, os principais fatores de produção (mão de obra, capital, insumos,

---

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 14.

tecnologia).

Na hipótese de qualquer dos elementos da definição de empresário do Código Comercial não restar configurado em uma atividade que está sendo desenvolvida, o sujeito de tal atividade não poderá ser qualificado como empresário, sendo que seus atos serão regidos pelas regras que regulam as atividades civis.

No parágrafo único do art. 966 do Código Civil, ficaram excluídas do conceito de empresário as atividades científicas, artísticas e literárias. O teor do citado dispositivo é claro e especifica que: “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda como concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”<sup>19</sup>.

Restaram excluídos do conceito de empresário os profissionais liberais (advogados, médicos, contadores etc.). Qualquer sociedade que vise prestar tais serviços será não empresária, sujeitando-se às regras da sociedade simples, a teor do art. 982<sup>20</sup> do Código Civil.

Não se confunde a figura do empresário com a dos sócios ou acionistas. É comum utilizar-se da expressão “empresário” para rotular a sua qualidade de sócio quotista ou acionista de uma sociedade empresária. Sobre o tema, Gladston Mamede escreve:

É preciso estar atento para o fato de que, em se tratando de sociedade empresária, é ela, a sociedade, que é juridicamente considerada um empresário, e não os seus sócios. O vocabulário do Direito, aqui, diverge do vocabulário coloquial. A situação jurídica do sócio é uma, e a do empresário é outra. O empresário é o responsável pelo empreendimento, e, portanto, pela empresa; é ele que exerce os atos empresariais, a atividade negocial habitual, voltada para o aferimento de vantagem econômica; o sócio é o titular de quotas sociais, assim como o acionista é o titular de ações. Não é o sócio ou o acionista (1) quem empreende e (2) no nome de quem se empreende; é a sociedade empresária (constituída por quotistas ou por acionistas) (1) quem empreende e (2) nome de quem se empreende<sup>21</sup>.

O empresário será a pessoa natural (física, firma individual) ou jurídica

---

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 9 de setembro de 2015.

<sup>20</sup>De acordo com o art. 982, salvo exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais (BRASIL, 2002).

<sup>21</sup>MAMEDE, Gladston. Op. cit. 2004, p. 47.

(sociedade empresária ou EIRELI) que se enquadrar na definição do art. 966 do Código Civil.

Não se pode confundir sócio de uma sociedade empresária com empresário individual. O empresário individual seria a pessoa física titular da empresa. João Paulo de Oliveira afirma que “a pessoa natural que exerça atividade de empresário é corretamente tratada por empresário individual, empresa individual ou firma individual”<sup>22</sup>.

A firma individual empresária não possui personalidade jurídica distinta da do seu titular. Toda a atividade é exercida pela pessoa física, ficando a responsabilidade dos atos praticados (inclusive patrimonial) exclusivamente nas mãos do titular.

O mesmo não ocorre com a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), instituída pela Lei n. 12.441/2011, que mesmo possuindo apenas um titular, é caracterizada como pessoa jurídica (Art. 44, VI, do Código Civil), sociedade empresária (unipessoal), possuindo personalidade jurídica própria - não se confundindo com a do seu titular - após o registro no órgão competente.

### 1.3. DA EMPRESA E SUA TUTELA

O termo “empresa” é derivado do latim *prehensus, deprehendere* (empreender, praticar), “possui o sentido de empreendimento ou cometimento intentado para realização de um objetivo”<sup>23</sup>. Sobre as origens do termo, interessantes os ensinamentos Gladston Mamede<sup>24</sup>.

Para Sérgio Campinho, a empresa “manifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando emprego de capital e trabalho para a exploração,

---

<sup>22</sup> OLIVEIRA, J. P. de. *Empresa individual e personalidade jurídica: algumas reflexões*. **Advocacia Geral da União**. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Wilson/Meus%20documentos/Downloads/empresindividualv epersjur-joaopaulo.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

<sup>23</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. 3 e 4. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 158.

<sup>24</sup> “Empreender (imprehendere) guarda relações etimológicas com a negação da ideia de prender (prehendere), o que permite recuperar a ideia inicial do trabalho como expressão da realização humana, negando a opressão da necessidade natural pela constituição de um meio para sua superação, ou seja, para assegurar aos seres humanos uma existência digna, como estipulado pelos artigos 1º, III, e 170, caput, da Constituição da República. Ficam claras, destarte, as motivadoras da proteção constitucional da livre iniciativa” (MAMEDE, Op. cit. 2004, p. 39).

com fins lucrativos, de uma atividade produtiva”<sup>25</sup>.

A ideia de empresa não é nova na seara do Direito, sendo que já era objeto de estudo antes mesmo das atuais teorias da empresa e que foram se aperfeiçoando ao longo dos anos. De fato, já no final do século XIX e início do século XX, Vivante tecia considerações importantes sobre a *impresa*<sup>26</sup>.

O conceito de empresa vem sendo aprimorado ao longo dos tempos. Grande contribuição para o estudo foi a teoria dos perfis, de Alberto Asquini, ao trabalhar o conceito de empresa no Código Civil Italiano de 1942. Para ele, o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno jurídico multiface, o qual tem sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que ali concorrem<sup>27</sup>.

Marlon Tomazzete<sup>28</sup>, ao comentar referida teoria, afirma que ante a inexistência de conceito de empresa no Código Italiano, referido doutrinador italiano chegou à conclusão de que existiria uma diversidade de perfis no conceito.

Na atualidade, a noção de empresa liga-se mais aos preceitos de administração de empresas do que ao campo do Direito. Mostra, dessa forma, a interdisciplinaridade do Direito com os outros ramos das Ciências.

Portanto, o conceito jurídico de empresa usado atualmente tem sua origem nos contornos econômicos. Assim, nos dizeres de Fábio Nusdeo, “a empresa é a unidade produtora cuja tarefa é combinar fatores de produção com o fim de oferecer ao mercado bens ou serviços, não importa qual o estágio da produção”<sup>29</sup>.

A empresa, portanto, surge da atividade econômica organizada que é

---

<sup>25</sup> CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.

<sup>26</sup> *L'impresa è un organismo economico, che pone in opera gli elementi necessari per ottenere un prodotto destinato allo scambio, a rischio dell'imprenditore. La combinazione di quei vari elementi, natura, capitali e lavoro, che associandosi producono risultati che divisi sarebbero satati impotenti a produrre, il rischio che l'imprenditore assume per produrre una nuova ricchezza sono i due elementi essenziali di ogni impresa (50). Il diritto commerciale fa suo questo concetto economico, pur mettendo in maggiore evidenza che l'opera dell'imprenditore deve essere rivolta a provvedere ai bisogni altrui, a quelli del mercato, e che perciò, com'è la regola dominante per gli altri commercianti, egli deve compiere una funzione d'intermediario, intromettendosi fra la massa dei lavoratori e la massa dei consumatori.* (VIVANTE, Cesare. *Tratato di Diritto Commerciale*. Vol. I, I Commercianti, 4ª Edizione. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1911, p. 150-151).

<sup>27</sup> ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*. *Rivista di Diritto Commerciale*, Vol. XLI – Parte I, 1943, p. 1, tradução nossa e livre do seguinte trecho: “il concetto de inpresa è il concetto di un fenomeno economico poliedrico, il quale ha sotto l'aspetto giuridico non uno, ma diversi profile in relazione ai diversi elementi che vi concorrono”.

<sup>28</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 37,

<sup>29</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 285.

desenvolvida pelo empresário. A organização, portanto, é fator preponderante no conceito de empresa.

Quando se fala em “atividade econômica organizada”, deve-se volver os estudos para vários fatores que compõem referida expressão.

A empresa, vista como organização, é composta por um aglomerado de partes com funções individualizadas (específicas) e arquitetadas pelo homem, com o objetivo de produzir bens ou serviços.

Para caracterização da empresa, resta indispensável a estruturação dos principais fatores de produção (matéria-prima, mão de obra, capital e tecnologia) para a consecução de uma atividade habitual de produção ou circulação de bens ou de serviços, sempre com o intuito lucrativo.

Não há que se falar em empresa quando o elemento pessoal da atividade prevalece. Esta é a razão de ter o legislador retirado, do rol das atividades passíveis do empresário, as atividades intelectuais, científicas, artísticas e literárias<sup>30</sup>.

Cumprе assinalar a contribuição de Rubens Requião<sup>31</sup> ao destacar a empresa como atividade especializada, profissional, que se explica através de organismos econômicos e que se traduzem nos meios de produção.

Constata-se que o conceito econômico de empresa é que vem sendo adotado na esfera jurídica. Em vão tem sido as tentativas dos juristas para a elaboração de um conceito exclusivamente jurídico para o termo. Tanto é verdade que o próprio Código Civil de 2002 não conceituou a empresa de forma expressa, mas sim o empresário. Do conceito de empresário é que se pode extrair a noção de empresa<sup>32</sup>.

É importante mencionar as consequências que a falta de uma definição positivada para o termo empresa pode acarretar. É comum no meio social a confusão entre empresa, sociedade e estabelecimento, sendo as expressões

---

<sup>30</sup>O art. 966 do Código Civil de 2002 traz a definição de empresário: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” BRASIL. Lei n. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 9 de setembro de 2015.

<sup>31</sup>“A produção de bens e serviços para o mercado não é consequência de atividade acidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos permanentes nela predispostos. Estes organismos econômicos, que se concretizam da organização dos fatores de produção e que se propõem a satisfação das necessidades alheias, e, mais precisamente, das exigências do mercado geral, tomam na terminologia econômica o nome de empresa” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol.1. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49).

<sup>32</sup> Ricardo Negrão, no entanto, afirma que “empresa, sob o aspecto funcional, é, por definição legal (CC, art. 966), o exercício de atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e serviços” (NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de empresas e de falências*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 173).

utilizadas, muitas vezes, como sinônimas.

Conforme os ensinamentos de Rubens Requião<sup>33</sup>, “a figuração que o leigo faz de empresa é no sentido objetivo de sua materialização. Daí a confusão entre empresa e estabelecimento comercial [...] e, no mesmo sentido, entre empresa e sociedade”.

Algumas questões merecem reflexão: A empresa possui personalidade jurídica? Cuida-se de uma abstração?

Em relação à personalidade jurídica, pode-se dizer que a empresa não a possui. Cuida-se de mera abstração jurídica, pois se trata do objeto da relação empresarial e não do sujeito de direitos. A sociedade empresária é quem pode adquirir a condição de empresário e ter personalidade jurídica, como adiante se verificará.

Destarte, em relação à existência ou não de personalidade jurídica na empresa, importante são os ensinamentos de Sérgio Campinho que afirma não ter a empresa personalidade jurídica, pois tal personalidade é conferida ao empresário<sup>34</sup>.

Ao tratar da abstração da empresa, assim se posiciona Rubens Requião:

É preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma abstração. A muitos tal afirmativa parecerá absurda e incompreensível, dado que aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material e visível. Brunetti, professor italiano de alto conceito, chegou à conclusão da abstratividade da empresa, observando que “a empresa, do lado político-econômico é uma realidade, do jurídico é *un abstrazione*, porque reconhecendo-se como organização de trabalho formada das pessoas e dos bens componentes da azienda, a relação entre a pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma entidade abstrata, devendo-se, na verdade ligar à pessoa do titular, isto é, ao empresário. Vimos que uma constante da doutrina a respeito da conceituação da empresa é situá-la como o exercício de uma atividade (art. 996 do Cód. Civ.). É da ação intencional (elemento abstrato) do empresário em exercitar a atividade econômica que surge a empresa<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> REQUIÃO. Op. cit. 2003, p. 59

<sup>34</sup>“A empresa, portanto, não é detentora de personalidade jurídica. Não concebe o Direito brasileiro a personificação da empresa, sendo, pois, objeto de direito. O empresário, titular da empresa, é quem ostenta a condição de sujeito de direito. Não se confunde, assim, como muitos cotidianamente costumam confundir, empresa com sociedade, procedimento esse que presenciamos, inclusive, em alguns textos legais” (CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.13).

<sup>35</sup> REQUIÃO. Op. cit. 2003, p. 59.

Conclui-se que é inadequada a utilização do termo “empresa” para referir-se à sociedade empresária. Esta, ao contrário daquela, possui personalidade jurídica e a adquire com o registro dos seus atos constitutivos no órgão competente (Junta Comercial), a teor do art. 985<sup>36</sup> do Código Civil de 2002.

Como cediço, a empresa pode ser caracterizada como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Destarte, referida atividade econômica é um dos elementos que motiva a geração de riquezas, proporcionando a geração de empregos, arrecadação de tributos, desenvolvimentos regionais, entre outros benefícios. Nos dizeres de Paula Forgioni, “a empresa é agente econômico”<sup>37</sup>.

Entendemos que empresa é a própria atividade econômica e que, sendo desenvolvida com a necessária integração dos fatores de produção, atua como vetor de desenvolvimento e geração de riquezas, devendo orientar-se pelos princípios da ordem econômica positivados no art. 170 da Constituição Federal.

Partindo de tais perspectivas, a proteção da *empresa* é o objetivo a ser alcançado na legislação pátria, sendo que a Constituição Federal e o Código Civil brasileiro passaram a nortear a elaboração das normas inerentes à atividade empresária.

Assim, é forçoso concluir que a manutenção da atividade empresarial é interessante para a coletividade e vem recebendo tratamento de destaque na elaboração das leis e na aplicação destas pelo Poder Judiciário.

Leis que visam proteger a concorrência, o estabelecimento empresarial, o nome empresarial, a propriedade intelectual e a recuperação das empresas se destacam em apresentar mecanismos de proteção e tutela das empresas para que estas tenham condições de permanecer em funcionamento e atingirem suas finalidades.

---

<sup>36</sup>Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

<sup>37</sup>Paula Andrea Forgioni afirma que “na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada. Essa visão, que a confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento do mercado, reduzindo impropriamente a análise. A empresa não ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, no mercado, e o faz principalmente por meio dos contratos. Não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações. Sua abertura para o ambiente em que se encontra é significativa, a ponto de parte da doutrina afirmar que “[o]s modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixes de relações contratuais. A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a empresa é agente econômico” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 128).

#### 1.4. A EMPRESA EM “CRISE” E SUA POSSÍVEL RECUPERAÇÃO

É fato notório e amplamente noticiado há tempos que uma grande parcela dos empresários e, conseqüentemente, suas atividades empresárias, sofrem cada vez mais com as crises econômico-financeiras<sup>38</sup> e mercadológicas mundiais.

Também é possível encontrar empresas que são economicamente saudáveis e que sofrem crises passageiras ou não, tendo como fundamento a inexistência de recursos financeiros para cumprimento das obrigações contraídas.

Somando-se ao cenário apresentado, há que se considerar que a falta de planejamento, a concorrência acirrada, a excessiva carga tributária, as altas taxas de juros, a arcaica legislação trabalhista, entre outros fatores, acarretam uma incisiva interferência no sucesso e manutenção da atividade econômica (empresa) desenvolvida pelo empresário.

Vários são os fatores que provocam a crise e o abalo do crédito do empresário<sup>39</sup>.

Trajano de Miranda Valverde há muito já tratou do tema e afirma que:

São inúmeros os fatores que provocam o abalo do crédito. Uns de ordem geral, econômicos, financeiros, políticos, com influência em todos ou alguns ramos da atividade humana; outros, de ordem particular, dizem respeito ao devedor, ao modo por que administrou seus negócios<sup>40</sup>.

Diante de tais circunstâncias, é comum que o empresário tenha dificuldades na manutenção da empresa, notadamente os pequenos, acarretando uma “crise”

---

<sup>38</sup> “A expressão ‘econômico-financeira’ abrange tanto os males que impedem o empresário de perseguir o objeto de sua empresa como também a insuficiência de recursos para o pagamento das obrigações assumidas” (NEGRÃO, Ricardo. *Direito Empresarial: estudo unificado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 236).

<sup>39</sup> Ao tratar do tema, Ricardo Negrão pondera ainda sobre possíveis causas que podem levar à crise econômica. Afirma que “Se por um fator ou pela soma de uma multiplicidade de fatores endógenos ou exógenos à empresa – má gestão, enfermidade do empresário ou de pessoa de sua família, crise política, má conservação de estradas de acesso a localidade em que se situa o estabelecimento empresarial, catástrofes climáticas ou ecológicas na região de produção ou de fornecimento de material à transformação ou circulação da mercadoria, crises internacionais, guerras, revoluções, atos de terrorismo, política regional ou nacional, perda da qualidade ou falta de atualização do produto ou do serviço etc. -, o volume dos negócios inviabiliza a continuação da atividade-fim da empresa, a crise econômica estará configurada” (NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173).

<sup>40</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Vol. I. Arts. 1 a 79. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1948, p. 6.

que pode levar ao insucesso e, por consequência, à “quebra”.

Como bem anotado por Daniel Moreira do Patrocínio, a instabilidade econômico-financeira enfrentada pelo empresário poderá ocasionar um desequilíbrio nas relações jurídicas de que participa, ocasionando inadimplemento de suas obrigações<sup>41</sup>.

Ricardo Negrão indica que “fatores externos à atividade empresarial podem acarretar a crise econômica na atividade que, entretanto, não poucas vezes, deriva de causas internas, resultando na má gestão na administração”.

E continua de forma a concluir que “crises econômicas podem acarretar crises financeiras, que se resumem na insuficiência – momentânea ou sistemática – de recursos financeiros para o pagamento dos credores e cumprimentos de todas as obrigações assumidas”<sup>42</sup>.

Jorge Lobo reforça o entendimento de que as causas da crise econômica que acarretam a insolvência da empresa podem ser de natureza interna ou externa, trazendo como exemplos da primeira o desentendimento entre os sócios, obsolescência dos equipamentos, surgimento de novos produtos, inadimplemento dos credores, retração do mercado consumidor, altas taxas de juros, elevados índices de endividamento, entre outros. Como causas externas, apresenta como exemplos mudança na política cambial, liberação das importações, queda na cotação dos produtos agrícolas no mercado internacional, aperto à liquidez dos bancos etc<sup>43</sup>.

Esta situação é extremamente prejudicial a várias pessoas, pois a empresa é vista atualmente como mantenedora e criadora de empregos, veículo de desenvolvimento regional, geradora de riquezas, de forma que a sua manutenção pode ratificar a sua importância social, traduzida e garantida pelo *princípio da função social da empresa*.

A manutenção da empresa interessa a muitos e não apenas ao empresário. Sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho afirma que várias pessoas que não são

---

<sup>41</sup> PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. *Análise econômica da recuperação judicial de empresas: princípios, jogos, falas e custos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 18.

<sup>42</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Direito Empresarial: estudo unificado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

<sup>43</sup> Considerando as referidas possíveis causas de insolvência, Jorge Lobo afirma que “salta aos olhos que a crise da empresa pode não ser resultado apenas da má organização, da incompetência, da desonestidade, do espírito aventureiro ou afoito dos administradores, da ignorância dos sócios ou acionistas, mas de uma série de causas em cadeia, algumas imprevisíveis, portanto inevitáveis, de natureza microeconômica e/ou macroeconômica e/ou supranacional” (LOBO, Jorge. *Recuperação Judicial*. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 188-189).

empresários possuem interesses “gravitanto” em torno do desenvolvimento da empresa, os quais denomina de *bystanders*<sup>44</sup>, expressão da língua inglesa e que afirma ser de larga utilização pelos profissionais jurídicos. Conclui ainda que toda a coletividade também tem o interesse metaindividual afetado pelo sucesso ou insucesso da empresa e apresenta a ideia de três círculos em torno da empresa a demonstrar os que podem sofrer com os efeitos decorrentes da atividade empresarial, ajudando a compreender o *princípio do impacto social da crise da empresa*.

Eis os motivos pelos quais o legislador busca tutelar a continuidade da empresa, garantindo mecanismos legais, que possam auxiliar na recuperação empresarial (recuperação judicial ou extrajudicial).

Busca-se, por intermédio de um permissivo legal e de planejamento econômico, a reestruturação de uma atividade econômica organizada que, por um ou vários motivos, encontra-se em dificuldades e que, uma vez não cuidada, estará fadada ao insucesso, acarretando, na grande maioria das vezes, um processo de

---

<sup>44</sup> “A língua inglesa tem uma expressão largamente utilizada, pelos profissionais jurídicos, para aglutinar as pessoas que, não sendo empresário, têm interesses gravitando em torno do desenvolvimento da empresa: *bystander*. Não há tradução, para o português, desta expressão com igual carga significativa. ‘Expectadores’, que seria a tradução literal, não diz tudo, porque sugere alguma passividade. O argumento em torno dos princípios do direito comercial será enormemente facilitado quando os comercialistas conseguirem cunhar uma expressão que reúna os trabalhadores de determinada empresa, os consumidores dos produtos e serviços por ela oferecidos, os fornecedores de insumos (empresas satélites), fisco, investidores não sofisticados do mercado de capitais, etc. Além deste conjunto de pessoas, também a coletividade tem interesse metaindividual afetado, direta ou indiretamente, pelos sucessos ou insucessos que marcam a trajetória de grandes empresas. É útil a imagem de três círculos em torno da empresa – a exemplo das elipses representantes dos movimentos dos planetas em redor do Sol. No círculo mais próximo ao centro, estarão representados os interesses dos empresários; mas não somente os deles, como também os dos sócios da sociedade empresária, dos investidores estratégicos, acionistas do bloco de controle e, nas companhias com elevado nível de dispersão acionária, os dos administradores graduados. No segundo círculo, o mediano, representam-se os interesses dos *bystanders*: os trabalhadores (voltados à preservação de seus empregos e melhorias no salário e nas condições de trabalho), dos consumidores (que precisam ou querem os produtos ou serviços fornecidos pelas empresas), o do fisco (cuja arrecadação aumenta em relação direta com o desenvolvimento da atividade econômica), dos fornecedores de insumo (empresas satélites, muitas delas exploradas por micro, pequenos e médios empresários), dos investidores não sofisticados no mercado de capitais (se a empresa é explorada por companhia aberta) e dos vizinhos dos estabelecimentos empresariais (normalmente beneficiados com a valorização do entorno). No terceiro círculo, o mais extensor, são representados os interesses metaindividuais coletivos e difusos da coletividade, ou seja, o de todos os brasileiros (favorecidos em caso de plena eficácia dos princípios do direito comercial, pelo decorrente barateamento geral dos preços) a economia local, regional e global (com o desenvolvimento que, afinal, é a soma dos desenvolvimentos das respectivas empresas). Esta imagem ajuda a entender o princípio jurídico do impacto social da crise da empresa” (COELHO, Fábio Ulhoa. *A crise da empresa no projeto de Código Comercial*. In: ANDRIGUI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique [Coordenadores]. *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência [Lei n. 11.101/2005]: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei complementar n. 147/2014*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165-166).

falência.

Mas, há situações em que a atividade em crise não tem condições econômicas ou legais de recuperação, ou seja, há situações em que efetivamente a empresa em “crise” estará fadada à falência.

Isso porque o mercado e sua própria manutenção sadia dependem da preservação das empresas “viáveis” e da retirada rápida e eficaz das atividades que não tenham as mínimas condições de sobrevivência. Como ressalta Fábio Ulhoa Coelho, “nem toda empresa merece ou deve ser recuperada”<sup>45</sup>.

A empresa não deve ser mantida a qualquer custo, mas somente em situações em que sua viabilidade (principalmente econômica) é constatada e sem que as regras de clara interpretação e em plena vigência (sem vícios, declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade) sejam violadas. Isso quer dizer que o princípio da preservação da empresa não é absoluto, devendo ser analisado no contexto em que está inserida a discussão.

Não há razão, nos dizeres de Carlos Alberto da Purificação, para que se prolongue a agonia de uma empresa cuja sobrevivência no mundo esteja fadada ao insucesso diante da impossibilidade de recuperação<sup>46</sup>.

Há, muitas vezes, outros princípios que devem nortear as decisões. Como exemplo, podemos considerar os interesses dos credores, também protegidos pelo art. 47 da Lei n. 11.101/2005. Os credores, como bem ressalta Ecio Perin Júnior, possuem efetiva relevância na decisão de recuperar ou não as empresas<sup>47</sup>.

Ademais, há casos em que mesmo em recuperação, constata-se que o empresário não tem condições de cumprir com o plano apresentado e aprovado, de

---

<sup>45</sup>“Não se pode erigir à recuperação das empresas um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Em muitos casos – eu diria, na expressiva maioria deles – se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realocação em outras atividades econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados na falida. Em outros termos, somente empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174-175).

<sup>46</sup>PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. *Recuperação de empresa e falência comentada*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107.

<sup>47</sup>“Mas, na visão econômica, é sempre da estimativa dos credores que deve depender, em última análise, a decisão de recuperar a empresa, e em que termos, nomeadamente quanto à sua manutenção na titularidade do devedor insolvente ou na de outrem. E, repise-se, essa estimativa será sempre a melhor forma de realização do interesse público de regulação do mercado, mantendo em funcionamento as empresas viáveis e expurgando dele as que o não sejam (ainda que, nesta última hipótese, a inviabilidade possa resultar apenas do fato de os credores não terem interesse na continuação)” (PERIN JÚNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142).

forma que a falência deve ser decretada, nos termos em que a lei determina. E tal posicionamento já foi adotado pelo Poder Judiciário<sup>48</sup>, comprovando que em alguns casos a falência é medida que se impõe.

A legislação atual positivou regras e princípios que permitem o manuseio de instrumentos para que a empresa supere a crise financeira que atravessa, tendo como sustentação teórica a carga principiológica consubstanciada na Lei, notadamente no seu art. 47, que eleva o princípio da preservação da empresa como um norte a ser seguido.

A manutenção da empresa pode ser obtida com mecanismos eficientes para sua reestruturação, consubstanciados em planos de recuperação judicial ou extrajudicial. Os exemplos contidos no art. 50 da Lei n. 11.101/2005 indicam os eventuais caminhos a percorrer para tal finalidade.

E até mesmo o procedimento da falência permite a manutenção e preservação da empresa que, como já dito anteriormente, não se confunde com o empresário em si.

Ao determinar critérios para realização do ativo do falido no art. 140, o legislador permitiu que a empresa fosse desenvolvida por outro empresário, possibilitando sua aquisição em bloco e sem qualquer dívida (art. 141, II)<sup>49</sup>.

Comprova-se, portanto, que o direito pátrio, notadamente a Constituição Federal, Código Civil e Lei de Falências e Recuperação das empresas, municiam o Poder Judiciário de regras e princípios, permitindo que sejam proferidas decisões judiciais que tenham por objetivo a preservação da empresa em funcionamento, seja

---

<sup>48</sup>“Embargos de Declaração – Agravo de Instrumento – Recuperação Judicial – S/A. VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE VARIG, RIO SUL LINHAS AÉREAS S/A E NORDESTE LINHAS AÉREAS S/A. R – Sentença decretando a falência das Recuperandas – I Recuperação Judicial. R. Sentença de encerramento, seguindo quatro apelações. Recebimento no duplo efeito. Suspensão ensejando a continuidade do procedimento de recuperação. Descumprimento de qualquer obrigação que importará em convolação em falência. Possibilidade de análise da situação econômico-financeira das empresas recorridas, com o escopo de apurar a viabilidade, ou não, da sua manutenção. II – Lei n. 11.101/2005. Princípio da Viabilidade Econômico-Financeira. Devedoras que não lograram êxito em demonstrar condições de cumprir os objetivos da Recuperação. Exegese do artigo 47 do mencionado diploma legal. Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial. Imperioso evidenciar se a empresa reúne condições de observar o plano de reorganização. Existência de um contingente econômico mínimo e a presença dos pressupostos legais, o que não restou demonstrado no caso em comento. III – Discussão de matéria já decidida. Impossibilidade. [...]. Negado Seguimento” (Rio de Janeiro, TJ. Agravo de Instrumento n. 0045067.37.2010.8.19.0000. Relator Desembargador Reinaldo P. Alberto Filho, Quarta Câmara Cível, j. 11/11/2010).

<sup>49</sup> BRASIL. Lei n. 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm). Acesso em 8 de setembro de 2015.

pelo empresário em crise (recuperação judicial ou extrajudicial), seja por outro que venha a adquirir a empresa em bloco nos casos de realização de ativos em processos de falência.

#### 1.5. A CARGA PRINCIPIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA INFLUÊNCIA NA ELABORAÇÃO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS

A Constituição Federal de 1988 é *dirigente*, pois apresenta diretrizes e objetivos a serem observados pelo Estado e por toda a coletividade<sup>50</sup>.

Assim, ela apresenta regras e princípios que darão sustentação para toda a criação de normas jurídicas e sua aplicação, tendo como norte a consecução dos seus objetivos.

Alexandre de Moraes afirma que a definição dos limites de uma constituição-dirigente revela-se em um grande problema, sendo que o núcleo de estudo principal:

É o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais, implantando os planos traçados pelo legislador constituinte originário, em inter-relação com a realidade social<sup>51</sup>.

O legislador deve guiar-se pelos objetivos impostos pela Constituição, de forma que todas as normas infraconstitucionais devem ser idealizadas para que referidos planos traçados pelo legislador constituinte originário sejam cumpridos.

No art. 170 da Constituição Federal foram estampados os princípios que devem nortear a Ordem Econômica do Brasil. Portanto, o processo legislativo deve obedecer e integrar referidos princípios, garantindo que os valores tutelados na esfera constitucional sejam alcançados.

No caso da Lei de Falências e Recuperação das Empresas, percebe-se uma tentativa do legislador em alinhar os objetivos da lei com os da Constituição. E um deles é o da função social da propriedade (Art. 170, III da CF) que serve de

---

<sup>50</sup> “Constituições diretivas ou programáticas – doutrinárias – são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero instrumento do governo, mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p. 75).

<sup>51</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

fundamento para chegar à função social da empresa e sua preservação no mercado.

Prova disso está no artigo 47 da Lei de Falências e Recuperação das Empresas (LFR) , que estabelece:

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<sup>52</sup>.

A análise comparativa entre os objetivos transcritos e o texto constitucional permite concluir que há uma simbiose entre os objetivos estabelecidos em seara constitucional e na Lei Recuperacional. A positivação de alguns dos princípios do regime jurídico econômico-constitucional no procedimento da recuperação das empresas comprova a afirmação.

De fato, buscou-se, através da nova lei, alcançar os objetivos de ordem econômica estampados no art. 170 da Constituição Federal, como assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social.

Os princípios da “função social da propriedade e da empresa” são constantemente referidos no procedimento da recuperação, sendo inclusive positivado no art. 47 citado acima.

A empresa, analisada como uma atividade geradora de empregos e riquezas e fazendo parte de uma cadeia de desenvolvimento econômico, deixa de ser vista apenas como uma propriedade privada, passando a ter uma função maior, de forma a atender aos anseios sociais. O individual é superado pelo social.

O princípio constitucional da “busca do pleno emprego” somente pode ser atingido se os postos de trabalho disponibilizados pelas empresas forem mantidos e tutelados.

Ao prever a recuperação das empresas, a Lei n. 11.101/2005 representa um marco na legislação brasileira, pois é a primeira a buscar a preservação da empresa diante de sua importância.

O art. 47 da Lei de Falências e Recuperação das Empresas, ao inserir como um dos objetivos da recuperação judicial a manutenção “do emprego dos

---

<sup>52</sup> BRASIL. Lei n. 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm)>. Acessada em 5 de junho de 2015.

trabalhadores”, alinha todo o ideal da nova lei ao texto constitucional.

Uma sociedade justa somente pode ser alcançada com oportunidade de emprego para todos, sendo que uma empresa recuperada pode proporcionar a manutenção dos postos de trabalho que possui e, eventualmente, até aumentá-los. Ao contrário, uma empresa falida pode acarretar o fechamento de inúmeras vagas de emprego com evidentes impactos para a coletividade.

A falência da companhia aérea Varig S/A é exemplo concreto. A sociedade possuía milhares de trabalhadores e o fechamento de suas portas acarretou um impacto social de grande monta. O desemprego de muitos trabalhadores foi uma das consequências da falência.

Ao permitir a recuperação, tal reflexo negativo (desemprego) pode ser evitado, sendo possível manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores, e, conseqüentemente, a função social da empresa.

Portanto, não restam dúvidas sobre a efetiva influência do texto constitucional com relação à elaboração e criação da Lei de Falências e Recuperação das Empresas. A referida influência é facilmente percebida com a análise dos princípios que orientam o procedimento da recuperação das empresas.

#### 1.6. A ORDEM POSITIVADA PARA A RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS

A Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Empresarial – LFRE) trouxe o instituto da recuperação (judicial ou extrajudicial) em substituição à antiga concordata. Objetivou o legislador proteger - ao máximo - o empresário de uma possível decretação de falência, pois criou mecanismos para que uma sociedade empresária, uma EIRELI ou uma firma individual possa superar uma crise econômico-financeira que momentaneamente esteja passando.

Referida lei foi criada diante da efetiva necessidade de se dar novos contornos ao instituto, notadamente a urgente e necessária adequação da antiga Lei Falimentar aos ditames da Teoria da Empresa, adotada pelo Código Civil e paradigma para as demais normas comerciais.

Também havia uma necessidade de se adequar a legislação pátria ao padrão internacional, já que a ideia de se apresentar mecanismos de preservação da

empresa é contemplada em várias legislações de diversos países, notadamente Estados Unidos, França, Itália, Espanha, Argentina, entre outros<sup>53</sup>.

A reformulação era importante, pois o direito concursal não trata apenas de um feixe de interesses exclusivos de credor e devedor. Ele atinge de forma concreta uma quantidade expressiva de interessados, como investidores, trabalhadores, mercado, consumidores, fisco, sócios, entre outros. Portanto, a modernização do direito concursal, especificamente da recuperação da empresa, era medida urgente e necessária.

Através do instituto da recuperação estabelecido na Lei n. 11.101/2005, procurou-se modernizar e efetivar instrumentos capazes de manter em funcionamento a empresa devedora, preservando a manutenção da fonte produtora, o emprego e o interesse dos credores. Isso porque a função social da empresa passou a ser tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio de forma mais agressiva e evidente, adequando a situação pretérita de individualidade aos anseios sociais da atualidade.

---

<sup>53</sup>“No sistema Norte-Americano a preservação da empresa é contemplada e regulada no *Bankruptcy Code*, lei federal. As regras procedimentais são contempladas pelas *Bankruptcy Rules*, promulgadas pela Suprema Corte. O *Chapter 11* tem como finalidade a reabilitação ou a reorganização do devedor. É nesta parte da legislação que se encontram os objetivos da recuperação da sociedade, notadamente a regulamentação do plano, que é o principal foco do procedimento de *Chapter 11*. O Direito Francês também passou por uma adequação, sendo que a de maior expressão atualmente é a *Loi de Sauvegard des Entreprises, du 26 juillet 2005, que integra o Livre VI du Code du Commerce*. O principal objetivo da reforma também foi o de proporcionar mecanismos para superar a crise das empresas antes que a situação pudesse comprometer de forma irreversível a superação da crise. Como bem ressalta Adriana Valéria Pugliesi, “atualmente, a disciplina das empresas em crise (ou *en difficulté*), no Direito francês, encontra os seguintes meios possíveis de superação das dificuldades: (i) *mandat ad hoc*; (ii) *conciliation*; (iii) *sauvegard*; (iv) *redressement judiciaire*” (PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 58).

O Direito italiano foi reformulado com o DL n. 35, de 14/03/2005 e DL n. 05, de 09/01/2006. Manteve-se, no entanto, o *Reggio Decreto* n. 267/45, com a alteração de alguns dispositivos pelos DLs mencionados. O objetivo principal foi o de reafirmar a efetiva atribuição do credor e devedor para manejar instrumentos para superação da crise econômica, com a mitigação dos poderes do juiz. Extinguiu-se a *amministrazione controllata*, sendo que atualmente existem os seguintes institutos judiciais para a situação de insolvência do empresário: (i) *fallimento*; (ii) *Concordato Fallimentare* (concordata suspensiva); (iii) *Concordato Preventivo*; (iv) *accordi di ristrutturazione dei debiti*.

No Direito espanhol, a reformulação ocorreu com a *Ley 22/2003*. No entanto, diferentemente dos demais sistemas, o principal objetivo é atender aos interesses dos credores. Assim, a superação da crise com o saneamento da situação econômica do devedor é vista como um reflexo, ou apenas quando possível, depois de atendidos os interesses dos credores.

O Direito argentino regula o tema na *Ley de Concursos e Quiebras (Ley n. 24.522 de 20/07/1995)*, com alterações posteriores, que prevê o instituto do concurso preventivo e que pode ser caracterizado como a aprovação, pelos credores, de um plano de reestruturação do passivo denominado de *acuerdo preventivo e acuerdo preventivo extrajudicial*.

Em tempos em que o Estado não é capaz de cumprir com todas as suas responsabilidades mínimas, tenta-se transferir, para o particular, um pouco dessas responsabilidades.

Visualizando nas empresas uma fonte de produção de riquezas que pode contribuir, em muito, com o desenvolvimento social, sentiu o legislador a necessidade de proteger um pouco mais o empresário que, por motivos variados, passem por momentânea crise econômico-financeira. Destarte, criou mecanismos para que o empresário saia dessa situação de penúria, vale dizer, a recuperação judicial e extrajudicial.

O art. 47 da LFRE traz os objetivos da recuperação judicial: viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores; promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A recuperação da empresa pressupõe um “acordo” com os credores. Na recuperação extrajudicial, o devedor, conhecedor de suas dificuldades e preenchidos os requisitos legais (Art. 161 c/c 48 da LFRE), convoca seus credores para que se manifestem sobre uma proposta (plano) de recuperação. Uma vez aceito o plano (mínimo de 3/5 dos credores de cada classe), o juiz homologará o mesmo para que surta seus efeitos.

Na recuperação judicial, uma vez cumpridos os requisitos legais (Art. 48 da LFR), o juiz deferirá o processamento da recuperação, devendo o devedor apresentar, em 60 dias da publicação do deferimento (Art. 53 da LFRE), o plano para a recuperação.

Não havendo impugnação de qualquer credor em 30 dias, o juiz concederá a recuperação (Art. 58 da LFRE). Caso exista impugnação, o juiz convocará a assembleia de credores, que deverá se manifestar sobre o plano apresentado.

Aprovado o plano, o juiz concederá a recuperação e, caso contrário, decretará a falência do devedor (Art. 56, §4º da LFRE), salvo a exceção do art. 58, §1º da mesma lei (segundo o qual o juiz, mesmo diante da rejeição do plano pela assembleia dos credores, se constatada a presença dos requisitos deste artigo, poderá conceder a recuperação).

É certo que nem todas as dívidas da empresa serão englobadas no plano de recuperação, como, por exemplo, as tributárias, as garantias reais, os

adiantamentos de contratos de câmbio, entre outras. Apesar disso, cuida-se de grande oportunidade para que o empresário possa reorganizar e reordenar sua atividade e sua situação econômico-financeira para superar a crise instalada.

Não há uma unanimidade na doutrina em relação ao modelo de recuperação apresentado na Lei atual. Fábio Ulhoa Coelho entende que a recuperação das empresas deveria ser realizada no âmbito do próprio mercado inicialmente, sem qualquer intervenção do Estado (Poder Judiciário). Isso se daria através de investimentos a serem realizados por empreendedores ou investidores que vislumbrassem naquela empresa em dificuldade certa viabilidade na continuação de suas atividades. Se não houvesse tal interesse pelo próprio mercado, a saída seria a falência. Para ele:

A recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência das empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores. Se as estruturas do livre mercado estão, em termos gerais, funcionando de modo adequado, as empresas em crise tendem a recuperar-se por iniciativa de empreendedores e investidores, que identificam nelas, apesar do estado crítico, uma alternativa de investimento atraente<sup>54</sup>.

O referido autor afirma que, em algumas situações, o mercado não conseguiria recuperar a empresa não pelo fato de ser ela um péssimo investimento, mas porque não se chega a um acordo em relação ao preço que o investidor quer pagar e o preço que o empresário quer receber.

Diante desta situação, Fábio Ulhoa Coelho aceita a intervenção do Estado (Poder Judiciário), mas apenas para garantir o funcionamento regular das estruturas do livre mercado<sup>55</sup>. A solução para o caso não seria atribuição do juiz, mas ele simplesmente deveria afastar os obstáculos para que o mercado pudesse atuar de forma regular.

Não se nega que a lei de recuperação das empresas e seus procedimentos possuem algumas imperfeições, merecendo algumas alterações. No entanto, um grande passo foi dado para que se mantenha em funcionamento a empresa que

---

<sup>54</sup> COELHO. Op. cit. 2005, p. 116.

<sup>55</sup> COELHO. Op. cit. 2005.

está passando por dificuldades econômico-financeiras, preservando-se o emprego e a força produtiva e beneficiando a sociedade, o Estado e os próprios credores.

#### 1.6.1. RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS: CONSIDERAÇÕES LEGAIS NECESSÁRIAS

A legislação pátria instrumentaliza a recuperação das empresas por meio de procedimentos previstos na Lei n. 11.101/2005. Uma das formas de se garantir a efetiva preservação da empresa é utilizar referidos procedimentos para que empresários em dificuldades financeiras possam superar a crise.

Atualmente, três são as modalidades<sup>56</sup> de recuperação das empresas previstas na Lei n. 11/101/2005: judicial (art. 47), extrajudicial (art. 161), além do procedimento privilegiado para as micro e pequenas empresas, que também é uma forma de recuperação judicial, mais simplificada, nos termos do art. 70 e seguintes.

Na recuperação judicial, a intervenção do Estado-Juiz é incisiva, de forma que a condução de todo o deferimento e processamento tem a participação direta do juiz. Já na recuperação extrajudicial, o juiz apenas homologa o plano apresentado (desde que cumpridas as formalidades legais)<sup>57</sup> que já foi aprovado pelos credores, quer dizer, apenas dá um contorno de chancela.

Há que se ressaltar que somente o empresário tem condições de receber o benefício da recuperação, sendo que tal instituto é vedado a quem não ostente a qualidade referida.

Isso porque a Lei n. 11.101/2005 estabeleceu em seu art. 1º que somente os empresários e sociedades empresárias (requisito pessoal) podem ser contemplados pela recuperação.

---

<sup>56</sup>Ricardo Negrão utiliza o termo “sistemas” para tratar dos tipos de recuperação (NEGRÃO. Op. cit. 2005, p. 237).

<sup>57</sup> “RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. ADITAMENTO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. Aprovação do aditamento por quórum de credores previsto no artigo 163 da Lei nº 11.101/05, sem alegação de qualquer irregularidade formal. Plano homologado pelo juízo da Recuperação. Ausência de preclusão, vez que, a questão trazida pelo agravante não havia sido apreciada anteriormente. Decisão agravada que efetivamente julgou pedido do agravante. Aditamento que não se confunde com novo Plano de Recuperação Extrajudicial. Negócio novativo regularmente aprovado que se submete à autonomia privada dos credores no trato de seus direitos patrimoniais disponíveis. Sujeição incontroversa do agravante aos termos do aditamento. Recurso não provido” (TJ-SP - AG: 1611342220128260000 SP 0161134-22.2012.8.26.0000, Relator: Francisco Loureiro. Data de Julgamento: 13/11/2012, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 14/11/2012).

Em uma análise e interpretação mais usual, se o objetivo da lei é tutelar a empresa como sinônimo de fonte produtora, e se o empresário é quem exerce a referida atividade que gera a referida fonte, nada mais natural do que a lei estabelecer como sujeito ativo da recuperação judicial os empresários e algumas sociedades empresárias.

Portanto, se não restar comprovada a qualidade pessoal de empresário, a lei não poderá ser aplicada ao caso concreto.

Além dos requisitos estabelecidos no art. 48 e incisos, o art. 51, inciso V, obriga o devedor a apresentar, com a inicial, a certidão de regularidade no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores.

Conclui-se que há um evidente norteamo do legislador ao estabelecer apenas os empresários e sociedades empresárias como sujeitos viáveis a requerer o benefício da recuperação judicial.

Tal entendimento é manifestado pela doutrina brasileira e pelo Poder Judiciário<sup>58</sup>.

De fato, Waldo Fazzio Júnior afirma que:

A falência incide tanto sobre o empresário ou sociedade empresária regular, como também sobre o empresário de fato, mas a recuperação só alcança os que exercem a empresa conforme a lei. A recuperação é instituto decorrente de favor legal conferido pelo órgão judiciário aos que preenchem os requisitos postos no direito positivo<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup>“RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PESSOA JURÍDICA SEM FINS ECONÔMICOS, CLASSIFICADA COMO ASSOCIAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 44, I, DO CÓDIGO CIVIL E SEM REGISTRO MERCANTIL, NÃO TEM INTERESSE DE AGIR PARA PLEITEAR RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP, Apelação Cível 0001832-74.2013.8.26.0564, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Araldo Telles, Data do Julgamento: 20/05/2013, Data do Registro: 29/05/2013); “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSOCIAÇÃO CIVIL. Indeferimento da inicial. Impossibilidade. Recuperação judicial já deferida. Extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir. Artigo 267, IV, do CPC. Apelante que não pode pleitear recuperação judicial. Instituto restrito aos empresários e às sociedades empresárias. Apelante que sequer é sociedade, muito menos empresária. Extinção do processo sem resolução do mérito mantida, por fundamento diverso. Recurso não provido, com observação.” (TJSP, Apelação Cível 0010036-39.2011.8.26.0189, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator(a): Tasso Duarte de Melo, Data do julgamento: 25/03/2013, Data de registro: 27/03/2013). “Recuperação judicial. Pedido formulado por sociedade sem finalidade lucrativa - associação. Indeferimento da petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido. Apelação. Medida conferida apenas a empresários e sociedades empresárias. Apelação desprovida. (TJSP, Apelação nº 619.652-4/8-00, Rel. Des. Boris Kauffmann, Câmara Especial de” Falências e Recuperações Judiciais, j. 28/01/2009).

<sup>59</sup>FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010,

Ricardo Negrão é categórico ao afirmar que a Lei de Recuperação e Falência aplica-se somente a quem exerce a empresa, isto é, ao empresário individual e à sociedade empresária<sup>60</sup>.

De forma mais específica e enfática, há doutrinadores que, de plano, afastam a incidência da recuperação judicial dos não empresários, como por exemplo, associações. Fábio Ulhoa Coelho é enfático ao dizer que “a associação não titula o direito a recuperação”<sup>61</sup>.

Gladston Mamede assim se posiciona:

Falência e recuperação judicial são procedimentos aplicáveis especificamente aos empresários (firma individual) e sociedades empresárias. Não se aplicam às pessoas naturais não registradas como empresários, às sociedades simples, (inclusive cooperativas), associações ou fundações<sup>62</sup>.

A lei apresenta, também, os requisitos para que o empresário possa submeter-se à recuperação. Há requisitos gerais, que valem para toda e qualquer modalidade de recuperação e os específicos, exigidos para cada tipo de recuperação (judicial, extrajudicial ou da micro empresa).

O art. 48 da LRF, nos incisos I a IV<sup>63</sup>, apresenta os requisitos gerais, sendo que nem todos os incisos se aplicam à recuperação extrajudicial.

Em relação ao requisito temporal, ou seja, o tempo decorrido entre um pedido de recuperação e outro, há distinção para cada modalidade: i) decurso de pelo menos cinco anos entre a concessão anterior e o pedido novo, nas hipóteses da recuperação judicial normal e a especial (micro e pequenas empresas), nos termos

---

p. 41-42.

<sup>60</sup>NEGRÃO. Op. cit. 2008, p. 218.

<sup>61</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação das empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

<sup>62</sup>MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 410.

<sup>63</sup>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 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei” (BRASIL, 2005).

do art. 48, II e III; e (ii) dois anos para os casos de recuperação extrajudicial, de acordo com o art. 161, § 3º.

Portanto, podem-se considerar comuns os requisitos dos incisos I e IV do art. 48, ou seja, não ser falido e, se o foi, demonstrar a extinção de suas obrigações por sentença transitada em julgado e não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa que seja condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei de Falências e Recuperação das Empresas.

No presente estudo, abordaremos apenas a aplicação ou não do princípio da preservação da empresa em processos de recuperação judicial.

#### 1.7. RECUPERAÇÃO DA EMPRESA COMO VETOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

A atividade da empresa, contemporaneamente, tem um fundamento constitucional, pois através dela é que alguns princípios inseridos na Constituição podem ser atingidos<sup>64</sup>.

A empresa faz parte da economia, sendo o elo principal da cadeia produtiva. Isso faz com que a “Teoria da empresa” seja analisada de uma forma mais apurada. Na fase atual do capitalismo, a empresa é colocada como o principal fator do desenvolvimento econômico.

Isso porque a empresa (vista como atividade econômica organizada) é capaz de agregar diversos interesses,<sup>65</sup> como o lucro do empresário, o salário do trabalhador, os valores recebidos pelos fornecedores e os tributos decorrentes da atividade desenvolvida - de inegável interesse do Poder Público.

A ideia apresentada pode ser melhor compreendida através do quadro exposto a seguir. Idealizado por Sérgio Gabriel<sup>66</sup>. O quadro demonstra com

---

<sup>64</sup> Arnoldo Wald e Ivo Waisberg, ao comentarem o art. 47 da Lei n. 11.101/2005, ressaltam a previsão constitucional dos princípios que norteiam a ordem econômica afirmando que: “A Constituição Federal de 1988, considerando a evolução da consciência social e empresarial, estabeleceu expressamente nos arts. 170, III e VIII como metas do Estado, a busca por uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, à luz da função social da propriedade e da busca do pleno emprego” (WAISBERG, Ivo ; WALD, Arnoldo . Artigos 47 a 49 da Lei 11.101/2005. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA Sérgio Mourão. (Org.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313-352.)

<sup>65</sup> Amador Paes de Almeida, ao apresentar conceito de recuperação judicial, diz que “o conceito põe em relevo a preocupação de preservar a *empresa*, vista esta como verdadeira instituição social para a qual se conjugam interesses diversos” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*: de acordo com a Lei n. 11/101/2005. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304).

<sup>66</sup> GABRIEL, Sergio. A Lei de Recuperação de Empresas como instrumento de desenvolvimento

simplicidade o ciclo do desenvolvimento econômico capitalista.



Considerando o quadro acima, tem-se que a produção movimenta o ciclo do desenvolvimento econômico capitalista. De fato, ao gerar postos de trabalho, estes passarão a gerar rendas que potencialmente podem acarretar o consumo, desencadeando a necessidade de mais produção. O ciclo, tendo seu curso normal, girará de forma cada vez mais acentuada, possibilitando o desenvolvimento econômico do país.

A empresa pode ser considerada como a mola propulsora do desenvolvimento econômico do país, não sendo apenas um organismo isolado, sem qualquer repercussão na ordem econômica e social, sendo, inclusive, constitucionalmente regada.

A busca pela preservação da empresa, estampada na Lei de Recuperação, tanto permite o desenvolvimento econômico de uma sociedade, como também pode contribuir para a superação das desigualdades regionais e sociais.

Se ao invés de recuperar-se, a empresa encerrar suas atividades, vários serão os efeitos negativos, como fechamento de postos de trabalho, de arrecadação de tributos e diminuição da concorrência.

O encerramento de uma atividade econômica em determinadas localidades pode ser mais nefasto ainda. Isso porque há regiões que são mantidas por duas ou três empresas de grande porte, representando uma alta arrecadação de impostos e grande quantidade de empregos.

É o que ocorre, por exemplo, em pequenas cidades que abrigam usinas de açúcar e álcool. Basicamente, toda a atividade econômica daquelas cidades depende da atividade da usina. Considerando que a grande maioria dos trabalhadores da pequena cidade são contratados pelas usinas, o salário que recebem é que impulsiona todo o comércio e serviço local.

Se essas usinas forem acometidas por uma crise econômico-financeira e encerrarem as atividades econômicas por elas desenvolvidas (empresas), trazendo como consequência o desemprego, há um grande risco de que toda a cadeia produtiva que é sustentada por elas seja atingida, acarretando uma desestabilização de graves consequências.

Assim, pode-se dizer que o instituto da Recuperação (judicial ou extrajudicial) é um instrumento que permite a preservação de empresas “viáveis”, concretizando o desenvolvimento econômico e social.

Preservando-se as empresas, “o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais”<sup>67</sup>, encartado no art. 170 da Constituição Federal, torna-se consequência e encontra sua efetivação na lei de recuperação das empresas.

A manutenção da empresa garante a circulação de riquezas, melhorando a vida da população que depende dela para sobrevivência. É o que ocorre, por exemplo, com a Zona Franca de Manaus. Ao se instituir benefícios para que empresas fossem instaladas no local, buscou-se desenvolver a região que carecia de atividades econômicas, circulação de riquezas e postos de trabalho.

É fundamental poder concluir que a lei tem por objetivo proteger a atividade econômica empresarial em razão dos benefícios sociais e econômicos que a manutenção da atividade empresarial proporciona para toda a coletividade, funcionando o instituto da recuperação das empresas como mecanismo eficaz de preservação das empresas viáveis.

#### 1.8. A LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS: UMA ANÁLISE DA SUA INFLUÊNCIA NA DECISÃO DO CREDOR PARA CONCESSÃO E CUSTO DO CRÉDITO

---

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 8 de maio de 2015.

Um dos principais argumentos utilizados pela doutrina e pelo legislador para justificar a revogação da antiga Lei de Falências e Concordata (Decreto-Lei n. 7.661/1945) e inserir no ordenamento jurídico brasileiro a atual Lei de Falências e Recuperação das Empresas foi a necessidade de se instituir regras que pudessem representar uma melhor garantia aos credores no recebimento dos créditos em eventuais processos de falência e recuperação.

Tal medida se pautava pela necessidade de se criar um ambiente favorável para que os credores (normalmente instituições financeiras) tivessem instrumentos legais que lhe proporcionasse uma maior proteção na contratação do crédito, além ainda da diminuição dos riscos para recebimento dos valores em processos de falência e recuperação.

Como consequência, idealizou-se que referidas garantias poderiam trazer uma diminuição das taxas de juros e barateamento do crédito, beneficiando todos os empresários que tivessem a necessidade de obtenção de crédito junto aos bancos.

Uma grande parcela do empresariado brasileiro precisa buscar no mercado de crédito<sup>68</sup> valores necessários para o desempenho de suas atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou de serviços, sendo que as operações nesse mercado são realizadas tipicamente pelas instituições financeiras bancárias.

O crédito é necessário para que os empresários possam cumprir suas obrigações cotidianas, como pagamento de salários, fornecedores e tributos ou para realizar investimentos, como modernização da produção, expansão das atividades em novos mercados etc.

Na busca por modalidades de crédito em curto ou médio prazo destacam-se o desconto de títulos, contas garantidas, créditos rotativos, empréstimos para capital de giro, adiantamentos de contratos de cambio, financiamentos, entre outros.

Tais operações passaram a fazer parte da rotina da maioria dos empresários brasileiros e as instituições financeiras disponibilizam o crédito com o objetivo de lucro, sendo os juros o principal vetor da remuneração e lucratividade dos bancos.

Se de um lado o crédito auxilia o empresário a manter suas atividades

---

<sup>68</sup> “O Mercado de crédito visa fundamentalmente suprir as necessidades de caixa de curto e médio prazos dos vários agentes econômicos, seja por meio da concessão de crédito às pessoas físicas ou empréstimos e financiamentos às empresas. As operações desse Mercado, dentro de uma política de especialização do Sistema Financeiro Nacional, são tipicamente realizadas por instituições financeiras bancárias (bancos comerciais e múltiplos). As atividades dos bancos, que visam principalmente reforçar o volume de captação de recursos, têm evoluído para um processo de diversificação e produtos financeiros e também na área de serviços prestados” (ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 105-106).

econômicas em pleno funcionamento ou investir em projetos que tenham por finalidade aumentar a rentabilidade da empresa, de outro pode penalizá-lo consideravelmente, pois em cada uma das operações indicadas anteriormente as taxas de juros aplicadas acabam gerando um custo elevado, que afeta, de forma incisiva e prejudicial, a lucratividade dos empresários<sup>69</sup>.

É notório e amplamente noticiado o fato de o Brasil possuir uma das maiores taxas de juros do mundo<sup>70</sup> e tal situação é extremamente prejudicial para a atividade empresarial. O elevado custo do dinheiro (pagamento de juros) acaba por diminuir ou até mesmo impedir a lucratividade das empresas.

Conceitualmente, os juros podem ser considerados como o *preço do crédito*, ou seja, exprime o preço de troca de ativos disponíveis em diferentes momentos do tempo. Como ressalta Alexandre Assaf Neto, seria a remuneração pelo adiantamento do consumo<sup>71</sup>. Os juros podem ser considerados, sob a ótica do credor, como uma remuneração pelo tempo que ficará sem poder se utilizar do valor emprestado<sup>72</sup>.

A taxa de juros, no entanto, não se confunde com os juros. De acordo com Thales Mello Carvalho, “na prática financeira, a grandeza do juro é definida por um coeficiente denominado *taxa*”<sup>73</sup>.

Tema de grande importância é a forma como a taxa de juros é fixada, ou seja,

---

<sup>69</sup> Importante destacar que a taxa de juros deve ser uma referência em processos decisórios dos empresários, ou seja, as operações financeiras somente seriam interessantes e atraentes se houvesse uma expectativa de que o retorno pela utilização do crédito emprestado superasse a taxa. No entanto, na maioria dos casos, tal expectativa não se materializa, e o custo da operação acaba acarretando prejuízos ao empresário.

<sup>70</sup> “Uma das características da economia brasileira que mais chama a atenção dos observadores externos é o fato de a taxa de juros real (descontada da inflação) ser uma das maiores do mundo. No contexto das décadas anteriores de grandes taxas de inflação, juros altos eram explicados pela necessidade de embutir no rendimento dos ativos financeiros a perda do poder de compra causado pelos aumentos de preços. Atualmente, pelo contrário, numa economia que exhibe maior estabilidade de preços e, em geral, bons fundamentos macroeconômicos, a existência de taxas de juros tão elevadas é vista como uma anomalia” (VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 222).

<sup>71</sup> “Em geral, receber uma quantidade de dinheiro hoje é preferível a receber amanhã, e o juro oferecido pela disponibilidade imediata do bem deve remunerar o adiamento de seu uso. Quaisquer que sejam os tipos de taxas de juros conhecidos no mercado, todos eles exprimem a remuneração pela alocação de capital. A taxa de juro reflete, portanto, o preço pago pelo sacrifício de poupar, ou seja, a remuneração exigida por um agente econômico ao decidir postergar o consumo, transferindo seus recursos a outro agente” (ASSAF NETO, Alexandre. Op. cit. 2001, p. 56).

<sup>72</sup> “Dentro do conceito restrito de capital, anteriormente definido, o juro representa a soma em dinheiro que deve ser paga pelo direito de se dispor temporariamente de um capital, sendo, portanto, um prêmio em dinheiro que o emprestador recebe, além da restituição integral do capital cedido” (CARVALHO, Thales Mello. *Matemática Comercial e Financeira*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Material Escolar – FENAME, 1971, p. 7).

<sup>73</sup> CARVALHO. Op. cit. 1971, p. 8.

quais são os principais elementos que são utilizados para composição do coeficiente de remuneração.

Para composição da taxa de juros, podemos identificar, de acordo com Rodrigo Garcia da Fonseca, três componentes básicos: “(a) o custo de oportunidade do capital; (b) o risco de perda; e (c) a expectativa de inflação”<sup>74</sup>. De acordo com o entendimento do referido doutrinador, o custo seria a remuneração que o titular do recurso deixa de receber por não aplicá-lo em outros negócios lucrativos. A expectativa de inflação tem como objetivo evitar a desvalorização da moeda.

Importante para nosso estudo é a análise do terceiro componente para a composição da taxa de juros, ou seja, o risco de perda. Tal componente leva em consideração o risco da inadimplência<sup>75</sup> e o grau de certeza jurídica do país para garantia dos direitos dos credores. A influência do risco na recuperação do crédito e eventual inadimplência já foi objeto, inclusive, de manifestação no Superior Tribunal de Justiça quando da análise do REsp 420.111-RS<sup>76</sup>.

A morosidade da justiça e a falta de garantias legais aos credores para recebimento de seus créditos são frequentemente apontadas como causas de aumento na taxa de juros.

Como bem ressalta Rodrigo Garcia da Fonseca:

A demora na solução das demandas e a intervenção pontual e assistemática do Judiciário nos contratos privados acaba por servir de estímulo à inadimplência, o que tem como repercussão o aumento das taxas de juros de mercado, prejudicando os bons pagadores”<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Os juros e o novo Código Civil*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 7, n. 26. out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

<sup>75</sup> Sobre o tema, Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos e Manoel Enriquez Garcia afirmam: “Outra importante causa dos juros elevados é a inadimplência, que embora nos últimos anos esteja em patamares reduzidos em relação aos níveis históricos, continua alta para os padrões internacionais, devido principalmente à proteção ineficiente dos direitos dos credores e à dificuldade de diferenciar entre ‘bons’ e ‘maus’ pagadores. Em face do maior risco de inadimplência, os bancos e instituições financeiras aumentam os juros cobrados como forma de precaver-se de possíveis perdas” (VASCONCELLOS; GARCIA. Op. cit. 2008, p. 223).

<sup>76</sup> DIREITO COMERCIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. Os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 420.111/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/03/2003, DJ 06/10/2003, p. 202).

<sup>77</sup> FONSECA. Op. cit. 2004, p. 71-72.

Somando-se a tudo isso, as incertezas das decisões judiciais acarretam evidente comprometimento da segurança jurídica e acaba por aumentar o risco da perda e, conseqüente, o aumento das taxas de juros.

A falta de segurança jurídica no cumprimento dos contratos de concessão de crédito e a execução das garantias contribuem para a elevação da taxa de juros<sup>78</sup>.

Diante dos argumentos acima, podemos concluir que quanto maior o risco da inadimplência e a dificuldade de recebimento do crédito em processos judiciais, maiores as taxas de juros ofertadas.

Assim, uma legislação que preserve a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais contribui para o aumento de linhas de crédito ofertadas principalmente pelas instituições financeiras e fornecedores, com o conseqüente barateamento do crédito e diminuição das taxas de juros.

Tais argumentos contribuíram para o debate e elaboração da Lei de Falências e Recuperação das Empresas. Esta Lei instituiu um microsistema de normas que pudesse compatibilizar os interesses dos devedores, fixando instrumentos para a recuperação da empresa e, ao mesmo tempo, compatibilizando os interesses dos credores e garantindo maior segurança jurídica e previsibilidade nas decisões judiciais, quando do desencadeamento de demandas que tenham por finalidade a cobrança dos valores devidos e a execução das garantias.

Referidos instrumentos foram materializados com a mudança de ideologia presente na Lei n. 11.101/2005, onde os credores passaram a ter um papel de destaque, como se pode atestar pelas disposições do art. 47 (tutela dos interesses dos credores)<sup>79</sup>, participação e voto nas Assembléias Gerais dos Credores para

---

<sup>78</sup> Para Guilherme Afif Domingos, “No tocante às regras, não há estabilidade ou segurança, seja por falta de marco regulatório claro para alguns setores, indefinições em relação a outros, disputas entre órgãos do governo que provocam incerteza (...). Quanto aos contratos, também não há segurança, pois em caso de inadimplemento, as dificuldades e demora para a execução de garantias são enormes, provocando um risco elevado das transações, que impede o desenvolvimento de um mercado secundário de papéis e repercute nas taxas de juros e no volume dos negócios. O viés pró-devedor existente no país, que explica em parte as taxas de juros absurdamente elevada, tem razões culturais que fazem com que, muitas vezes, a atuação do Ministério Público e do Judiciário acabem favorecendo os maus pagadores, ao dificultar a atuação dos serviços de cadastro, o que aumenta o risco do crédito. Da mesma forma, a morosidade da Justiça implica em maiores custos e riscos das transações” (DOMINGOS, Guilherme Afif. *A Constituição, Instituições e o Ambiente Empresarial*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 8, n. 29. jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 331/332).

<sup>79</sup> 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” (BRASIL, 2005).

discussão, aprovação ou rejeição do plano de recuperação (Art. 35, I, “a”)<sup>80</sup> e exclusão de alguns créditos e contratos dos planos e processos de recuperação judicial (Art. 49 e seus parágrafos)<sup>81</sup>.

Referidas premissas e conclusões apresentadas são comprovadas por críticas que ecoaram na doutrina em relação aos dispositivos incorporados pela Lei n. 11.101/2005, que tem por finalidade a proteção dos interesses dos credores, notadamente das instituições financeiras. É o caso de Manoel Justino Bezerra Filho<sup>82</sup>, que ao comentar os aspectos históricos de criação da atual lei falimentar e

---

<sup>80</sup> Art. 35: “A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre: I – na recuperação judicial: a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor” (BRASIL, 2005).

<sup>81</sup> 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” (BRASIL, 2005).

<sup>82</sup> “De 1993 até mais ou menos o ano 2000, o projeto trazia uma série de proposições que demonstravam preocupação efetiva com a situação da sociedade empresaria, com institutos que teriam, talvez, condições de propiciar recuperação. A partir de 2000/2001, as pressões que passaram a se fazer cada vez mais presentes na elaboração da lei trouxeram a alteração de rumo que levou a uma verdadeira mudança do ponto de vista filosófico, de tal forma que o texto foi cada vez mais se distanciando das metas originais. Tanto que no meio jurídico passou-se a comentar, de forma jocosa certamente, que a Lei não seria mais ‘Lei de Recuperação de Empresas’ e sim ‘Lei de Recuperação do Crédito Bancário’, ou ainda ‘Lei Febraban’.[...] A partir de tal momento – fins dos anos 2000, início dos anos 2001 – foram patrocinados diversos encontros e discussões, principalmente em universidades, para que se transmitisse a necessidade de seguir tais princípios, tentando criar uma outra corrente de pensamento. Argumentava, a princípio corretamente, que a recuperação de qualquer empresa, em qualquer lugar do mundo capitalista, dependia fundamentalmente de financiamento e que o único setor capaz de fornecê-lo em quantidade suficiente seria o setor bancário. [...] não basta apenas o fornecimento de financiamento, sendo necessário que tal financiamento seja fornecido a juros não extorsivos, mas sim a juros que a atividade empresarial tenha condições de pagar. Prosseguia afirmando, ainda corretamente, que um dos elementos que influenciam na formação dos juros é a avaliação do risco: quanto menor o risco, menores os juros. A partir desse pensamento, até aqui corretamente formulado, essa corrente conseguiu tornar verdade a afirmação de que a lei de recuperação, para propiciar efetivamente a recuperação, deveria proporcionar condições privilegiadas de retorno do capital investido na sociedade empresaria em recuperação ou em falência, de tal forma que a diminuição do risco resultaria na baixa dos juros. Este foi o núcleo central do pensamento imperante. [...] A idéia foi encampada – como não poderia deixar

recuperacional, critica severamente os contornos protetivos para o capital financeiro.

Independentemente das críticas lançadas, é fato que da análise dos pareceres e discussões que antecederam a criação da Lei n. 11.101/2005 pode-se e traçar um panorama dos objetivos que deveriam ser alcançados e dos problemas a serem resolvidos com sua edição.

De um lado, o legislador tinha como um de seus objetivos modernizar a legislação falimentar e proporcionar, ao credor, maiores mecanismos legais para garantia e recebimento do seu crédito em casos de falência ou recuperação. E, de outro, criar um ambiente propício para que o custo do crédito (as taxas de juros) fosse reduzido, permitindo que o empresário tivesse melhores condições de empréstimos e financiamentos para o desempenho de sua atividade econômica.

Desta forma, considerando que a Lei n. 11.101/2005 é um microsistema que traçou normas gerais e específicas para o deferimento e processamento da recuperação judicial perante os Tribunais e que algumas das normas ali inseridas protegem o crédito financeiro, a aplicação do princípio da preservação da empresa em tal microsistema deve ser vista com cautela.

Se a lei estabeleceu conceitos claros e precisos em seus dispositivos e que não geram qualquer dúvida em relação ao seu conteúdo, o princípio não deve se sobrepor, sob pena de colocar em cheque a harmonia do microsistema e a segurança jurídica necessária e almejada na criação da norma.

Importante considerar que o presente estudo não tem a pretensão de lançar críticas ou elogios à forma como o capital financeiro e os respectivos credores foram tratados pela Lei n. 11.101/2005, bem como realizar uma análise da efetiva redução ou não das taxas de juros decorrentes da entrada em vigência da mencionada Lei.

O que se busca é apresentar o ambiente que permeou as discussões e os objetivos que envolviam a defesa da necessária alteração da antiga Lei de Falências e Concordatas, que até hoje fundamentam os dispositivos que foram positivados para dar sustentação à tese apresentada no presente estudo e que adiante se esmiuçarà: a inaplicabilidade do princípio da preservação da empresa em detrimento

---

de ser – pelas instituições bancárias sediadas no País, bem como pelo Banco Central do Brasil, que conseguiu, dessa forma, introduzir no projeto as diversas formas que o afastaram da filosofia original que o norteava. O resultado prático de tal atividade redundou em artigos espalhados pela Lei, sendo exemplo máximo o art. 49. [...] Enfim, a Lei está plena de demonstrações de que veio para favorecer o capital financeiro e manter o privilégio fiscal, este último tendo perdido a batalha de pressões com primeiro” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 60-62).

de comando legal quando este é claro e sem margem a interpretação.

Somente se justificaria a aplicação do princípio para adequar situações concretas nas quais a lei não foi clara, precisa, em que exista margem “cinzenta” em sua interpretação e aplicação. Não é papel do Juiz da recuperação judicial corrigir as eventuais discordâncias em relação ao comando normativo.

Não é dado ao Poder Judiciário invadir a competência do Poder Legislativo para corrigir eventuais imperfeições ou mesmo as situações previstas na lei e que não atendem aos interesses dos devedores.

Se a lei estabelece um determinado comando que decorre de discussões travadas quando da sua criação e se tal comando objetivou regular determinada situação da recuperação judicial esperada, não pode o Juiz alterar a vontade do legislador. Somente com a alteração do texto da lei para corrigir as supostas “imperfeições ou equívocos” é que poderia mudar o quadro regulado pela lei.

É o que se pretende demonstrar mais adiante com a análise de situações concretas de julgados proferidos pelos nossos Tribunais.

## 2. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL À SUA POSITIVAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

### 2.1. PRINCÍPIOS DO DIREITO: BREVES CONSIDERAÇÕES

A proposta do presente estudo tem por fundamento analisar a utilização inadequada e até mesmo excessiva do princípio da preservação da empresa em decisões judiciais que envolvam processos de recuperação judicial.

Para tanto, há necessidade de se revisitar brevemente conceitos e teorias fundamentais dos princípios, bem como sua atual importância, mesmo que de forma não exaustiva, para a perfeita compreensão da tese desenvolvida.

De início, cumpre anotar que toda a discussão sobre os princípios jurídicos nos últimos anos e na atualidade teve origem em um famoso artigo de Ronald Dworkin, de 1967, denominado “O Modelo das Regras”. O principal objetivo do referido artigo era questionar a teoria do Direito de Hart, afirmando a sua incapacidade para tratar da presença, no Direito, de diferentes padrões de regras, ou seja, dos princípios<sup>83</sup>.

A partir daí vários foram os estudos e teorias desenvolvidas para tratar da conceituação dos princípios, sua utilização, importância na atualidade, entre outras questões.

Por tais motivos, iniciamos o estudo com uma tentativa de definir princípios, pois não é matéria simples, sendo que vários são os conceitos propostos.

Nos dizeres de Lenio Luiz Streck “os princípios gerais do Direito não têm conceito definido<sup>84</sup>”.

Arriscando dar um contorno mais próximo de um conceito, pode-se dizer que princípios “são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico,

---

<sup>83</sup> “La discusión acerca de los principios jurídicos arranca, en la teoría del Derecho de los últimos años, de un famoso artículo de Ronald Dworkin publicado en 1967, con el título de *El modelo de las reglas* (e incorporado después, como capítulo 2, a *Dworkin* (1978)). La pretensión fundamental de dicho artículo era – como se sabe – impugnar lo que el propio Dworkin denominaba ‘la versión más ponderosa del positivismo jurídico’, esto es, la teoría del Derecho de H.L.A. Hart. Entre los defectos capitales de dicha teoría se hallaría, según Dworkin, su incapacidad para dar cuenta de la presencia en el Derecho de pautas distintas de las reglas – esto es, de principios-, lo que prevaría también a la construcción de Hart de la posibilidad de comprender aspectos esenciales del razonamiento judicial en los llamados *casos difíciles*” (ARTIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*. 4. Edición. Barcelon: Editorial Ariel, 2007, p. 23).

<sup>84</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 108.

harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”<sup>85</sup>. Ao tratar dos princípios e sua conceituação, Ruy Samuel Espíndola ensina que:

A ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam<sup>86</sup>.

Em que pesem as dificuldades expostas, a doutrina apresenta alguns conceitos de princípios. Paulo Bonavides, citando F. de Clemente, afirma que o “princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”<sup>87</sup>.

Ao tratar sobre princípio, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>88</sup>.

Os princípios desempenham um papel pluridimensional, pois, como afirma Eduardo Figueiredo, “se considerarmos o direito codificado, os princípios serão a base estrutural-positiva na qual passam a ser compreendidos como figuras para a superação das lacunas na lei ou como figuras admitidas como fontes do direito”<sup>89</sup>.

Na atualidade, constata-se que os princípios do direito vêm sendo recepcionados nas diversas Constituições contemporâneas, entre elas a brasileira de 1988. Assim, os princípios passaram a ter um contorno constitucional, com grande influência na elaboração e aplicação do Direito<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 137.

<sup>86</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 1. ed. 2ª Tiragem, São Paulo: RT, 1999, p. 47-48.

<sup>87</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256.

<sup>88</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 476-477.

<sup>89</sup> FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *Crítica aos princípios do direito moderno: história, sociedade e direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014, p. 45.

<sup>90</sup> Marco Antonio Barbieri afirma que depois da saturação das escolas do jusnaturalismo e positivismo “entrou-se em uma nova fase, que alguns chamam de pós-positivistas [...] retomando-se o estudo

A Constituição Federal de 1988 possui um conteúdo principiológico, pois o conteúdo axiológico eleito pela sociedade pode ser traduzido em princípios. Ainda, os textos constitucionais da atualidade não mais regulamentam apenas a estrutura do Poder, do Estado, mas acabam por apresentar um caráter normativo, ou força normativa, nos exatos termos de Konrad Hesse<sup>91</sup>.

O estudo dos princípios constitucionais não pode ser realizado sem que se leve em conta os conceitos sobre os princípios no Direito. Isso porque os princípios constitucionais são princípios jurídicos e retiram seu caráter normativo da própria ciência do Direito e do ordenamento jurídico como um todo.

Uma das funções dos princípios é dada por Paulo de Barros Carvalho ao afirmar que:

Os princípios aparecem como linhas diretas que iluminam a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação de um dado feixe de normas. [...] Algumas vezes constam de preceito exposto, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitura indutivo para percebê-los e isolá-los<sup>92</sup>.

Diante do quanto apresentado torna-se de grande relevância a análise de uma questão: há diferenças entre valores e princípios? Grande parte dos doutrinadores afirma que sim.

Ao tratar das diferenças entre valores e princípios, Eros Roberto Grau<sup>93</sup> afirma

---

dos princípios, já encarados como jurídicos, mormente pelos constitucionalistas. Então, ter-se-ia, nesse outro momento teórico, os princípios como jurídicos, até pelo fato de terem sido abarcados pelas Constituições contemporâneas. Seu estudo passou, destarte, a ser feito por este prisma, o que, não raras vezes, os fazem se tornar princípios constitucionais” (BARBIERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-2).

<sup>91</sup> A ideia de força normativa da Constituição ganhou ênfase com Konrad Hesse. Segundo referido doutrinador, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta Segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19).

<sup>92</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 148.

<sup>93</sup> Assim se manifesta sobre o tema: “Sigo, para tratar da questão da distinção entre princípios e valores, as indicações de Habermas, no Faktizität und Geltung (1992). Os princípios são dotados de sentido deontológico; já, os valores são dotados de significado teleológico. Por isso, os princípios obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Os valores, por outro lado, devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas, expressam a ‘preferenciabilidade’ (Vorzugswürdigkeit) – o caráter preferencial – de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a objetivos ou finalidades”

que os princípios possuem sentido deontológico e os valores, teleológico.

André Ramos Tavares<sup>94</sup> afirma que os valores de um ordenamento jurídico são transformados em princípios e regras.

Comunga do mesmo entendimento Alexandre Walmott Borges<sup>95</sup>, pois também ressalta a ideia de que valores e princípios possuem significados diferentes. Ensina referido doutrinador que não se pode confundir princípios com valores, ou seja, há uma diferença entre o fundamento (valor) e o objeto valorado.

Entendemos que, efetivamente, não há que se confundir valores com princípios. Estes são vetores daqueles. Os princípios constitucionais, por exemplo, representam os valores que foram eleitos por uma sociedade no momento da elaboração da Constituição.

Daí a importância de se analisarem os valores e princípios de uma Constituição, tendo como ponto central as características do Estado, seja ele liberal, social ou do bem-estar social. Isso porque seja qual for o tipo de Estado a ser analisado, são os valores e princípios refletidos pela Constituição que irão caracterizar o sistema econômico<sup>96</sup> adotado por ele<sup>97</sup>.

O Estado liberal possui, no regime jurídico-constitucional econômico, a materialização de valores e princípios que indicam a mínima intervenção do Estado na ordem econômica, sendo que as regras do capitalismo liberal imperam no texto.

O princípio da livre iniciativa, propriedade privada dos meios de produção e liberdade individual dão o norte para o desenvolvimento do capitalismo no Estado

---

(GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110).

<sup>94</sup> “Os valores superiores de determinado ordenamento jurídico estão vertidos tanto na forma principiológica (e aqui se têm os princípios constitucionais fundamentais) como na forma de regramento (trata-se de algumas regras jurídicas incorporadas à Constituição e que lhe conferem tonalidade própria juntamente com aqueles princípios fundamentais), sendo por isso igualmente consideradas fundamentais” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.)

<sup>95</sup> “Seguramente a expressão princípios do Direito [...] não pode ser confundida com os valores, porque há uma diferença de posição entre o fundamento, que é o valor, e o objeto que é valorado: tanto a situação fática descrita normativamente, como a construção conceitual do Direito” (BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 91).

<sup>96</sup> “Por sistema econômico entende-se o conjunto de estruturas econômicas, institucionais, jurídicas, sociais e mentais organizadas com a finalidade de assegurar a realização de um determinado número de objetivos econômicos. São exemplos de sistemas econômicos o capitalismo e o socialismo” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 253).

<sup>97</sup> “Inserir no texto de uma Constituição uma parte de Ordem Econômica demonstra uma opção – valorativa e ideológica – por certo modelo de tratamento da política econômica, pela presença de princípios programáticos, direitos fundamentais econômicos e a organização da ação estatal na economia em representação gráfica na Constituição” (BORGES, Op. cit. 2004, p. 217).

liberal. No Estado social, o conteúdo valorativo e principiológico dá ênfase aos ideais socialistas, de forma que a livre iniciativa e os meios de produção são transferidos para o Estado.

A Constituição Soviética pautava-se nos valores e princípios estabelecidos no seu artigo 1º, no sentido de que a economia era fundamentada na socialização da propriedade sobre os meios de produção, tendo como consequência a extinção da propriedade privada e da exploração do trabalhador. A valorização do trabalho humano e a proteção dos direitos sociais também são corolários do conteúdo valorativo e principiológico do Estado social.

Já no Estado do Bem-Estar social, os valores e princípios orientam o regime jurídico-constitucional econômico, mesclando os ideais do capitalismo e do socialismo. Busca-se, através de um intervencionismo moderado do Estado na ordem econômica, estabelecer um ponto de equilíbrio, de forma que os princípios que representam os valores consagrados na Constituição fundamentem, por exemplo, a idéia de livre iniciativa, função social da propriedade privada, livre concorrência e valorização do trabalho humano.

Conforme anota Eros Roberto Grau, o Estado passa a administrar as crises nos processos de mercado, lançando mão de instrumentos para preservação do mercado<sup>98</sup>.

Diante da importância que os princípios possuem no cenário jurídico atual, como restou apresentado acima, sua normatividade é questão de suma importância. Atualmente, princípios são considerados como normas, sendo que as normas compreendem os princípios e as regras. Cuida-se de uma verdadeira evolução na doutrina, pois os princípios eram vistos apenas como *ratio legis*.

A normatividade dos princípios ganhou força no âmbito do Direito Constitucional, como se pode notar nas obras de Eduardo García de Enterría<sup>99</sup>, Paulo Bonavides<sup>100</sup>, Norberto Bobbio<sup>101</sup>, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>102</sup> e Ruy

---

<sup>98</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>99</sup> Eduardo García de Enterría afirma que: “*La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación [...] en el sentido que resulta de lo principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate. Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico*” (ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 95.)

<sup>100</sup> Paulo Bonavides assevera que: “Pertence a Crisafulli a classe de juristas que mais contribuíram

Samuel Espíndola<sup>103</sup>.

A normatividade dos princípios é de fundamental importância no constitucionalismo atual, pois os princípios inseridos no texto constitucional passam a ser considerados como “normas supremas” do ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais, por consequência, orientam todas as normas do ordenamento jurídico, ou seja, fundamentam toda a ordem jurídica, sendo caracterizados por Paulo Bonavides<sup>104</sup> como “normas das normas”.

Nos dizeres de Walter Cláudius Rothenburg, “os princípios jurídicos, constitucionalizados, indicam, pois, os valores em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, sempre ao encontro de uma nova redenção”<sup>105</sup>.

Há também quem classifique os princípios como uma espécie do gênero “norma jurídica”. Este é o entendimento de Mônia Clarissa Hennig Leal ao afirmar que os princípios são “tidos, pela teoria constitucional contemporânea, como sendo uma espécie do gênero norma jurídica, ao lado das assim denominadas regras jurídicas”<sup>106</sup>.

O alto grau de abstração (generalidade) que marca uma das características dos princípios não lhe retira a normatividade. Isso porque a abstração (generalidade)

para consolidar a doutrina da normatividade dos princípios. Segundo ele, têm os princípios dupla eficácia: a eficácia imediata e a eficácia mediata (programática)” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 272)

<sup>101</sup> Na esteira de Crisafulli, Bobbio afirma que: “Os princípios gerais do direito são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 158).

<sup>102</sup> “A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios [...]. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas” (CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1160).

<sup>103</sup> Importante contribuição para o tema são os ensinamentos de Ruy Samuel Espíndola. Para ele, “o conceito de princípio jurídico, a partir da década de cinquenta até os dias atuais, ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito. Autores como Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Gernaro Carrió, entre outros, proclamam a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores à das teses até então consagradas, que defendiam uma mera posição subsidiária, uma auxiliar função integrativa na aplicação do direito, cabível ao princípio enquanto “princípios gerais do Direito” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 1 ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27).

<sup>104</sup> BONAVIDES. Op. cit. 2009, p. 290.

<sup>105</sup> ROTHENBURG, Walter Caudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 83.

<sup>106</sup> LEAL, Monica Calarissa Hennig *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri /SP: Manole, 2003, p. 72.

dos princípios apenas acarreta uma maior possibilidade de aplicação em casos concretos. Daí porque também se afirma que princípio não se confunde com regra.

Paulo Bonavides, citando os ensinamentos de Alexy, afirma que “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”<sup>107</sup>.

A importância dos princípios na ordem jurídica é tamanha que levou Celso Antônio Bandeira de Mello a elaborar a reconhecida afirmação de que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”<sup>108</sup>. A referida afirmação sintetiza a relevância dos princípios no meio jurídico.

Pode-se afirmar, portanto, que os princípios na ordem jurídica são espécies de normas jurídicas e que possuem, na atualidade, força normativa, representando valores que devem orientar o intérprete e julgador quando da concretização do Direito ao caso concreto, contribuindo para a integração da norma jurídica em casos de lacunas.

## 2.2. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Questão relevante discutida na doutrina é a distinção entre princípios e regras. Tal distinção ganha ainda mais relevância, na atualidade, diante do significativo avanço dos estudos e aplicação dos princípios do direito em todas as áreas, sendo que no Direito Comercial tal fenômeno também é presente.

A Constituição de 1988 foi um importante marco para que os estudos dos princípios do direito ganhassem impulso em todas as áreas. Ademais, como já dito anteriormente, a grande carga principiológica constitucional direcionou o legislador e o jurista a adequarem a legislação infraconstitucional e sua aplicação aos conteúdos valorativos dos princípios.

A regulamentação do procedimento da recuperação judicial das empresas é exemplo característico, pois foi construída e alicerçada em princípios significativos e que devem orientar a interpretação e aplicação das normas. Princípio da preservação da empresa, manutenção da fonte produtora, interesses dos credores,

---

<sup>107</sup> BONAVIDES. Op. cit. 2009, p. 277.

<sup>108</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 477.

proteção ao emprego, entre outros, são facilmente encontrados no texto da lei. O art. 47 da Lei 11.101/2005 contempla de forma específica tais princípios.

Referido fenômeno pode ser considerado como uma das justificativas para a euforia atual de estudos e utilização de princípios do direito, em todas as áreas, quando da interpretação e aplicação da norma ao caso concreto.

Tal euforia, entretanto, vem acarretando alguns problemas, pois em diversas vezes os princípios não são utilizados de forma a lhes garantir a melhor aplicação e efetividade. O grande desafio na atualidade é coibir excessos no manejo de princípios nas decisões judiciais.

No Direito Comercial tal fenômeno é presente, principalmente na interpretação e aplicação dos dispositivos legais que regem a recuperação judicial das empresas.

O princípio da preservação da empresa e sua aplicação exagerada em alguns casos contribuem para aumentar a discussão sobre o tema, pois sua utilização indiscriminada é consequência de uma incorreta compreensão da sua função. Em alguns casos, chega-se a violar o texto da lei ou até mesmo preterir princípios para que o outro seja aplicado a qualquer custo.

Desta forma, para melhor compreensão do que se pretende tratar no presente estudo, a análise da distinção entre princípios e regras é medida que se impõe.

Inicialmente, importante anotar que a distinção entre princípios e regras ganhou corpo com Josef Esser, na Alemanha.

De fato, como afirma André Fellet, a obra

*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito Privado), publicada em 1956, Josef Esser, procedeu a uma análise sistemática dos princípios do Direito, observados desde a perspectiva de sua aplicação prática, por juízes e tribunais<sup>109</sup>.

De acordo com Esser, o que distinguiria os princípios das normas seria a possibilidade de precisar os casos de aplicação e não a abstração ou o seu caráter genérico<sup>110</sup>.

A partir de tais apontamentos é que grandes debates começaram a ganhar relevância na comunidade jurídica. Robert Alexy e Ronald Dworkin travaram grandes

<sup>109</sup> FELLET, André. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

<sup>110</sup> ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Vantentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

discussões sobre o tema, como adiante se verificará.

Da análise de suas teorias, pode-se chegar à conclusão de que efetivamente regras jurídicas não se confundem com princípios<sup>111</sup>, pois são espécies do gênero *normas jurídicas*.

Entretanto, pode-se afirmar que os dois doutrinadores fundamentam as suas teses e diferenciam os princípios das regras com fundamento no modo de aplicação e no modo de colisão.

Analisando as ideias de Dworkin e Alexy, Humberto Ávila afirma que “enquanto as regras seriam aplicadas mediante ‘subsunção’, os princípios seriam aplicados mediante ‘ponderação’”<sup>112</sup>.

Das referidas teorias, pode-se dizer que os princípios são conceituados como “mandamentos de otimização”.

Para Dworkin, os princípios e regras, da mesma forma como a “política”, são como espécies de padrões a que se socorrem os juristas nas argumentações e raciocínios. Ou seja, para ele, quando o jurista se depara com um caso particularmente “difícil”, o último tende a valer-se mais de um determinado padrão do que de outro. Isto quer dizer que em tais casos o jurista deve se utilizar com mais frequência dos princípios e políticas do que das regras.

Portanto, uma das diferenças apontadas por Dworkin entre princípios e regras

---

<sup>111</sup>Para Robert Alexy, “regras são normas que, em caso de realização de ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proibem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso podem ser designadas de forma simplificada como ‘mandamentos definitivos’. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios” (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 85).

Ronald Dworkin afirma que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39/40).

<sup>112</sup>ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 131.

está relacionada com a maneira com que tais padrões são aplicados. Regras são aplicadas levando-se em conta o *tudo ou nada*, ou seja, são aplicadas ou não. Já os princípios têm aplicação de forma diversa, quer dizer, ajustando-se ao caso e às suas circunstâncias.

Uma segunda diferença também pode ser anotada a partir desta primeira. Dworkin afirma que nos princípios podemos encontrar certa “dimensão”, não presente nas regras, que denominou de “peso ou importância”. Esta última é de extrema relevância quando os princípios se “intercruzam”<sup>113</sup>.

Para Dworkin, se existe um conflito entre duas regras, uma delas não é válida. No caso dos princípios, quando dois deles parecem conflitar, o intérprete ou aplicador do direito deve ponderar qual deles deve ser utilizado por ter maior peso.

Assim, verifica-se que as regras jurídicas têm como finalidade a aplicação de seus conteúdos para a solução dos casos concretos, com o objetivo de finalizar conflitos existentes, preservando um bem jurídico tutelado. Em contrapartida, os princípios têm como objetivo principal apresentar elementos valorativos e ideais para a interpretação e concretização da aplicação do direito, ou seja, orientar e auxiliar na interpretação da regra jurídica utilizada, buscando uma solução mais justa.

Levando-se em conta a proposta conceitual de Roberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>114</sup>.

Pode-se extrair do pensamento acima que as regras têm como objetivo

---

<sup>113</sup> “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (DWORKIN, Ronald. *Levando-se os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 42-43).

<sup>114</sup>AVILA. Op. cit., 2013, p. 85.

apresentar uma solução definitiva ao caso, ou seja, uma vez observadas suas condições de aplicabilidade, a solução prevista na norma deve ser aplicada e tomada como correta. Se a hipótese de incidência de uma regra considerada como válida no ordenamento jurídico é atingida, a sua aplicabilidade é medida que se impõe.

No que se refere aos princípios, há um feixe de ideias que apresentam determinados valores que devem ser observados pela sociedade e pelo Poder Judiciário quando da aplicação da norma ao caso concreto.

Ricardo Marcondes Martins apresenta a diferença entre princípios e regras tanto em relação ao modo de positivação (trabalhando com a ideia de fim a ser atingido), como também ao modo de aplicação (subsunção e ponderação)<sup>115</sup>.

Assim, não se pode dizer que os princípios e regras se excluem. Ao contrário, mesmo considerando suas diferentes finalidades, pode-se concluir que regras e princípios caminham no mesmo sentido, buscando a proteção dos bens jurídicos tutelados e possibilitando a concretização dos valores socialmente aceitos na busca da convivência harmônica da coletividade.

Ocorre que, não raras vezes, o aplicador da regra jurídica viola o texto da lei não a aplicando ao caso concreto e dando solução diferente (ou até mesmo deixa de aplicar outro princípio que poderia ser utilizado no mesmo caso) e justifica tal ato utilizando-se de um princípio, postura merecedora de crítica no presente estudo.

A utilização dos princípios em decisões proferidas em processos de recuperação judicial das empresas, na atualidade, com objetivo da não aplicação (ou sua mitigação) da regra jurídica criada para solução do caso concreto e ainda em vigência, sem que tenha sido declarada inconstitucional, é que deve ser avaliada, principalmente porque se praticam excessos na sua aplicação, que devem ser combatidos.

No microsistema da Lei n. 11.101/2005, se a regra descreve um comportamento e tal comando não apresenta qualquer dúvida de interpretação ou declaração de inconstitucionalidade, deve ser aplicada. Em alguns casos específicos no procedimento da recuperação judicial, inexistindo área “cinzenta” na regra em

---

<sup>115</sup>Para referido autor, “há diferença qualitativa tanto no modo de positivação – os princípios exigem que seja atingido um fim, mas não fixam o comportamento a ser adotado para que o fim seja atingido, ao contrário das regras, que fixam o comportamento a ser adotado – como no modo de aplicação - ao menos num primeiro momento, a aplicação dos princípios dá-se pela ponderação, a aplicação das regras dá-se pela subsunção” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 16).

análise ou que dê margens a interpretações diversas, a regra prevalece sobre o princípio da preservação da empresa. Tais situações concretas serão analisadas mais adiante.

### 2.3. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Verificada a diferença entre regras e princípios, importante passa a ser a análise da força normativa dos princípios. Atualmente, tal discussão é das mais relevantes na Teoria do Direito. Na realidade, pode-se dizer que nos dias atuais existe uma convergência significativa no pensamento jurídico contemporâneo em se reconhecer aos princípios, força normativa<sup>116</sup>. Esta idéia é defendida pela atual corrente pós-positivista, que deixa de inserir os princípios como fontes secundárias do direito.

Referida corrente superou as idéias defendidas pelos positivistas, como a de José Xavier Carvalho de Mendonça que afirmava que os princípios eram fontes secundárias e de suprimento de lacunas<sup>117</sup>.

Cesare Vivante também comungava da mesma opinião de Carvalho de Mendonça, utilizando-se dos princípios gerais como forma de integração da norma jurídica nas hipóteses de lacunas<sup>118</sup>.

Na atual conjectura do pensamento pós-positivista<sup>119</sup>, o tema ganha

---

<sup>116</sup>Paulo Bonavides, em sua obra Curso de direito constitucional, retrata no capítulo 8 (“Dos Princípios Gerais do Direito aos Princípios Constitucionais”), os principais doutrinadores que apresentam os princípios e seu caráter normativo. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.255).

<sup>117</sup>Para José Xavier Carvalho de Mendonça, “não conseguindo o interprete suprir as falhas da lei pelo processo analógico, deve recorrer aos princípios gerais deduzidos do direito positivo em vigor” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, 1 Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930, p. 246).

<sup>118</sup>“Quando le fonti precedenti non offrono una disposizione precisa od analoga per risolvere una controversia commercial, la si decidera coi principi generali dedotti dal diritto positive vigente il quale nella sua unitá non puó tollerare antinomie” (VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. Vol. 1. I Commercianti. Seconda Edizione. Torino: Fatelli Bocca Editori, 1902, p. 71).

<sup>119</sup>“Para se chegar a esse status de normatividade dos princípios jurídicos, tanto no campo teórico quanto no normativo, passou-se por trabalho de longa elaboração metodológica desenvolvida pela Ciência Jurídica, que remonta às disputas epistemológicas entre duas velhas correntes do pensamento jurídico, superadas e retalhadas, de algum modo, por outra postura epistêmica. Fala-se dos debates entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico e, agora, mais recentemente, dos novos aportes advindos de uma corrente que passou a ser denominada de pós-positivismo no Direito” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.)

relevância. Os princípios do direito passam a desempenhar papel de destaque, deixando de serem vistos como fontes secundárias do Direito. Ou seja, de acordo com a corrente pós-positivista, os princípios passam a ter características de fontes primárias e capazes de regular condutas.

Para Humberto Ávila:

O que se busca na realidade é saber se os princípios podem ser definidos como normas “carecedoras de ponderação”, no sentido restrito de normas que se submetem a um sopesamento diante do caso concreto, por meio do qual podem ser derrotadas por princípios colidentes<sup>120</sup>.

De acordo com a nova corrente do pensamento jusfilosófico (pós-positivistas), as normas jurídicas não podem ser vistas apenas como leis, decisões judiciais ou costumes, como defendiam os positivistas. Há que se repensar o pensamento destes últimos.

Paulo Bonavides afirma que

É a fase do pós-positivismo que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais<sup>121</sup>.

Em sua obra *O Império do Direito*<sup>122</sup>, Ronald Dworkin apresenta o conceito de Direito como integridade de princípios. Referida integridade deve existir desde a criação das normas até sua efetiva aplicação. Percebe-se uma integridade horizontal e não vertical, dirigida ao diálogo entre todos os princípios do ordenamento jurídico existentes e vigentes em uma comunidade e em determinado tempo.

Referida integridade no direito ultrapassa as convenções sociais e precedentes, objetivando a única solução ao caso concreto na interpretação dos princípios jurídicos.

Em tal aspecto é que podemos encontrar a efetiva contribuição do pensamento de Ronald Dworkin, ou seja, para o denominado pensamento jurídico

---

<sup>120</sup>ÁVILA. Op. cit, 2013, p. 130.

<sup>121</sup>BONAVIDES. Op. cit. 2009, p. 264.

<sup>122</sup>“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 305).

pós-positivista, concluir que os princípios têm força normativa porque são espécies das normas jurídicas.

No entanto, Karl Larenz afirma que:

Os princípios jurídicos não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que, todavia não chegaram a condensar-se em regras juridicamente aplicáveis, mas que permitem apresentar fundamentos justificativos delas<sup>123</sup>.

Em que pese o entendimento anterior, na atualidade os princípios aparecem como regras jurídicas autônomas, “servem não apenas para interpretação ou para invalidação das regras, mas também para a disciplina da conduta, principalmente da conduta do agente normativo”<sup>124</sup>.

Portanto, atualmente, mostra-se quase que unânime a conclusão de que os princípios possuem força normativa<sup>125</sup>. Mas, tal conclusão deve ser analisada com cautelas, evitando-se abusos que serão reportados e retaliados no presente estudo.

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabela Bicalho, citando André Rufino do Vale, ressaltam que:

A irresolvida imprecisão conceitual acerca da configuração contemporânea dos princípios, que causa um certo abuso de utilização nos mais variados contextos teóricos e argumentativos, segundo os mais diversos propósitos e pontos de vista; imprecisão essa que é verificada, sobretudo, na interpretação de casos difíceis, em que os princípios são utilizados como soluções a todos os problemas de concreção do sistema, constatação com o qual o presente trabalho concorda. É por isso que se deve tomar o devido cuidado para não transformar o direito em uma questão unicamente principiológica<sup>126</sup>.

E tal constatação é a que encontramos em decisões judiciais que, invariavelmente, no campo da recuperação judicial, utilizam-se do princípio da preservação da empresa, estabelecido no art. 47 da Lei 11.101/2005, para justificar

---

<sup>123</sup>LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 316.

<sup>124</sup>MARTINS. Op. cit. 2010, p. 27.

<sup>125</sup>Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Prereira Dolabella Bicalho afirmam que “dúvida não há, na atual dogmática, de que os princípios são normas e, como tal, têm o poder de regular diretamente condutas. Além disso, mantêm função estruturante do sistema, alicerçando as bases para a correta interpretação do direito” (FERNANDES Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Prereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. *Revista de Informação Jurídica*. Brasília. a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 119).

<sup>126</sup>FERNANDES. Op. cit. 2011, p. 119.

e amparar violações das regras ou até mesmo outros princípios constantes do mesmo texto legal.

Reconhecer a força normativa dos princípios não significa aceitar exageros e utilização indiscriminada pelo Poder Judiciário do princípio da preservação da empresa, em contradição à norma escrita ou até mesmo colidindo com outro princípio (da proteção dos interesses dos credores, por exemplo) para justificar decisões *contra legem*.

#### 2.4. CONFLITOS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Vários podem ser os significados do termo “conflito”, sendo que podemos destacar a ideia de colisão, choque de alguma coisa em outra, traduzindo a noção de confronto.

Para o presente estudo, podemos indicar como sentido de conflito a eventual relação de contrariedade que pode ser verificada entre os Poderes Legislativo e Judiciário, ou somente entre regras, ou entre princípios ou até mesmo entre regras e princípios.

Há que se considerar que existe a real possibilidade de se verificarem os referidos conflitos, pois não se vislumbra poder afirmar que a interpretação e a aplicação de uma regra ou de um princípio ao caso concreto sejam feitas de forma absoluta, sem qualquer margem a eventuais variantes interpretativas.

Não se pode afirmar categoricamente que o conteúdo de uma norma (seja regra ou princípio) é de todo definitivo e rígido, de forma que não permita qualquer atividade do intérprete.

Aliás, não se pode afirmar que há uma validade absoluta dos princípios, notadamente de um em relação a outro ou em relação a uma regra, pois o ordenamento jurídico deve ser visto como um todo harmônico, mas com certas antinomias.

As antinomias jurídicas podem ser caracterizadas como o conflito entre as normas jurídicas; vale dizer, as antinomias se revelam quando existe uma incompatibilidade entre as normas jurídicas.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>127</sup> define as antinomias como uma oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente) e que coloca o sujeito em uma posição insustentável, pois há uma falta de critérios aptos a permitir uma saída dentro do ordenamento jurídico dado.

Reconhecer as antinomias jurídicas é o primeiro passo para se buscar a melhor opção para que elas sejam superadas, dando concretude e coesão ao ordenamento jurídico.

Eros Grau nos ensina que a antinomia jurídica pode ser tida como “uma situação que impõe a extirpação do sistema das regras”<sup>128</sup>. É a ideia de que há de se escolher qual regra prevalecerá, segundo um critério de cronologia, hierarquia, ou até mesmo a especificidade.

Em tal contexto, a antinomia jurídica somente ocorreria em relação às regras jurídicas, pois quando se tem eventual conflito de princípios, um postulado não tem o condão de eliminar o outro, mas apenas uma eventual aplicação de um em detrimento de outro, sem que este possa ser extirpado do ordenamento jurídico.

Bobbio chega a afirmar que as eventuais antinomias de princípios não são antinomias jurídicas propriamente ditas, “mas podem dar lugar a normas incompatíveis”<sup>129</sup>.

A discussão deve partir da análise da teoria positivista Kelseniana que defende a ideia de que o sistema jurídico é fechado, não existindo conflitos entre regras ou princípios. De acordo com tal teoria, existem apenas aparentes conflitos que se resolvem com a interpretação e aplicação das normas, pois estas se relacionam com certo grau de compatibilidade, sendo certo que o referido conflito aparente se resolve com a utilização de critérios de cronologia, hierarquia e especialidade.

Contrariando tal ideia, Canaris<sup>130</sup> apresenta um estudo de sistema jurídico aberto, o qual se fundamenta em duas exigências a serem observadas: ausência de contradições e plenitude. Segundo ele, a unidade interior do ordenamento jurídico tem como objetivo garantir a ausência de contradições na ordem jurídica.

---

<sup>127</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 4. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>128</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 182

<sup>129</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 90.

<sup>130</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 40.

Mas, referido doutrinador ressalva que “isso só funciona para as verdadeiras contradições de normas, enquanto as contradições de valores e princípios não se deixam evitar sem exceções”<sup>131</sup>. Para ele, portanto, somente se poderia falar em ausência de contradição jurídica em relação a regras jurídicas e não entre valores ou princípios.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior também se posiciona no sentido de conceber o sistema normativo como do tipo aberto, indicando a relação entre as normas com o fator de coesão do sistema, ou seja, para ele:

O sistema é aberto, pois está em constante relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos, etc.), sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (que não se reduz a normas, mas incorpora outros modos discursivos)<sup>132</sup>.

E o resultado de tal funcionamento do sistema seria o de impedir a continuidade de conflitos, pondo-lhes um fim.

Considerando que no presente estudo apenas se busca uma breve noção dos conflitos, adotaremos a teoria de que o sistema jurídico é aberto, sendo certo afirmar que não há de se falar em conflito entre regras, mas aparente conflito. Consequentemente, na eventual hipótese de conflito de regras, uma delas, apenas, tem que ser tida como válida.

Mas, em relação aos princípios, o conflito pode ocorrer, considerando que a carga de valores expressa em um dispositivo principiológico apenas apresenta uma finalidade a ser atingida, ou seja, não apresenta um modelo de comportamento.

Desta forma, em eventual conflito de princípios, não há de se falar em eliminação ou extirpação de um em detrimento de outro. Não há declaração de invalidade de princípio.

Nos dizeres de Renato Bernardi e Rafael José Nadim de Lazari, a decisão que afasta um princípio em certo caso não implica sua definição como “inválido”, mas apenas um reconhecimento de maior importância de um determinado princípio naquele caso concreto<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> CANARIS. Op. cit. 1996, p. 40.

<sup>132</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 141.

<sup>133</sup> LAZARI, Rafael José Nadim; BERNARDI, Renato. *Ensaio Escolhidos de DIREITO Constitucional*. Brasília: Editora Kiron, 2013.

Assim, não seria correto afirmar a existência de antinomias em relação a conflito de princípios, mas apenas uma colisão.

Com base no quanto acima, torna-se salutar analisar as eventuais situações de conflito entre princípios e regras e colisão entre princípios, notadamente conflito que envolva, em um dos lados, o princípio da preservação da empresa.

E, como consequência, pela análise de julgados dos Tribunais brasileiros, demonstrar a forma como o Poder Judiciário vem enfrentando referidos conflitos em processos de recuperação judicial, especialmente quando se tem regras que, em tese, conflitam com o princípio da preservação da empresa e sua solução concreta.

Diante das considerações acima, cumpre analisar a questão de conflitos entre regras e princípios. Uma vez considerando princípios e regras como sendo espécies do gênero norma jurídica, há que se verificar a existência de eventuais conflitos entre regras e princípios e sua solução para tal situação. Para Luiz Gustavo Boiam Pancoti, trata-se da verificação de antinomia jurídica heterogênea existente entre as duas espécies de normas jurídicas<sup>134</sup>.

Antes, porém, é necessário ressaltar que é perfeitamente possível a convivência harmônica entre os princípios e regras. Um sistema jurídico não pode subsistir apenas com regras ou somente com princípios. Como bem anota Humberto Ávila, um sistema apenas de princípios seria muito flexível, ao passo que um com apenas regras seria efetivamente rígido<sup>135</sup>.

Mas, quando se busca analisar e aplicar o direito ao caso concreto, pode existir mais de um princípio ou mais de uma regra que aparentemente regula a situação proposta, apresentando normatividade complementar ou até mesmo antagônica, sendo que uma deve ser preterida em detrimento da outra.

Karl Larenz afirma com propriedade que para reestabelecer a paz jurídica, em caso de conflito de normas e princípios, um ou outro direito tem que ceder até certo ponto perante o outro ou até mesmo cada um entre si<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup>PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. *Os conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefícios*. São Paulo: LTr, 2009, p. 125.

<sup>135</sup>“Um sistema só de princípios seria demasiadamente flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma” (AVILA. Op. cit. 2013. p. 129).

<sup>136</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3 ed. Lisboa:

O sistema ideal seria aquele em que não houvesse qualquer tipo de conflito entre as regras e os princípios. Isso porque as regras não poderiam se opor aos princípios, já que estes devem orientar sua produção.

Na prática, tal sistema ideal não existe, pois o Legislativo, na elaboração de normas jurídicas, sejam regras ou princípios, acaba por gerar conflitos de uma espécie normativa com outra.

É justamente no momento em que os comandos normativos incidem sobre os casos concretos que se constatará o conflito. Assim, para apurar qual a espécie normativa será aplicada ao caso concreto e que, portanto, prevalecerá, haverá necessidade de se apurar a dimensão dos valores envolvidos no mencionado confronto.

Assim, resta evidente a possibilidade de haver conflito entre princípios e regras, apenas entre princípios ou entre regras.

Utilizando-se dos ensinamentos de Alexy:

O conflito de regras somente pode ser solucionado se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção, que elimine o conflito, ou pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido - um dos princípios terá que ceder.[...] Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições<sup>137</sup>.

A ponderação<sup>138</sup> pode funcionar como meio balizador e limitativo da utilização excessiva do princípio da preservação da empresa nos processos de recuperação judicial.

Tanto as regras como os princípios de um ordenamento jurídico precisam, para que sejam aplicados na solução de casos concretos, submeter-se a técnicas ou a mecanismos de interpretação e aplicação das referidas normas.

Atualmente, a doutrina vem aceitando que não apenas os princípios devem

---

Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da. Editora Malheiros, São Paulo, 2008, p. 92-93.

<sup>138</sup> “Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 68).

submeter-se às técnicas da ponderação em caso de conflitos, mas todos os tipos de normas. Em tal linha de pensamento estão Luiz Roberto Barroso<sup>139</sup> e Humberto Ávila.

Quando se trata de regras, o mecanismo da subsunção é o que deve ser utilizado para a maioria dos teóricos. Com relação aos princípios, tal técnica não deve ser utilizada<sup>140</sup>, pela própria conceituação de princípio, mesmo que tenha o caráter e força normativa, sendo que grande parte da doutrina entende que os princípios se submetem à ponderação.

Para Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a aplicação dos princípios também se dá pela técnica da ponderação<sup>141</sup>.

Em situações de conflito de normas da mesma hierarquia como, por exemplo,

---

<sup>139</sup> Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam que: É certo que, mais recentemente, já se discutem tanto a aplicação do esquema do tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar (BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão Leite (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2ª ed. São Paulo, Método, 2008, p. 71).

<sup>140</sup> Cademartori e Duarte, citando Juan Moreso, apresentam uma posição discordante, no sentido de também os princípios submeterem-se à subsunção. Sobre o tema, assim se manifestam: “A própria ideia de subsunção como operação lógica inerente ao uso de regras, em oposição aos princípios, é também passível de questionamento. De fato, considerando-se algumas das atuais teorias neoconstitucionalistas, verifica-se uma impossibilidade de diferenciação entre regras e princípios a partir da subsunção como dado característico das primeiras, seja pelo entendimento de sua predominância em ambos os tipos de normas, seja pela sua ausência no procedimento de aplicação normativa. Dentre aqueles que entendem que a subsunção é uma forma de procedimento racional de aplicação característico, não somente das regras como também dos princípios, Juan Moreso tece importantes considerações a respeito do tema. [...] o julgador, ao aplicar os princípios, opera com um conjunto de propriedades relevantes que estão aptas a correlacionar, de maneira unívoca, determinados casos genéricos com suas soluções normativas. Nesse âmbito, a ponderação consiste na articulação desse conjunto de propriedades relevantes na explicitação das condições de aplicação que previamente eram só implícitas. Uma vez realizada essa tarefa, a aplicação dos princípios consistiria na subsunção de casos individuais em casos genéricos. Ou seja, se a aplicação do direito consiste em resolver os casos individuais através do apelo e aplicação de pautas gerais (constantes nas regras e princípios) então, conceitualmente, não haveria aplicação do direito sem subsunção” (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo, Atlas, 2009, p. 156-157).

<sup>141</sup> “Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema do tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato” (BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2 ed. São Paulo, Método, 2008, p. 68).

os princípios, a técnica da subsunção é inadequada para solucionar o conflito, porque em tal ambiente é que surge a ideia da ponderação para superar a situação proposta.

Verifica-se que em tais ocasiões, ao se determinar uma prioridade no caso concreto sobre a utilização de um princípio, o princípio então preterido continua a integrar o ordenamento jurídico. Referido afastamento temporário da aplicação de um princípio ao caso sub judice é que podemos chamar de ponderação.

Pode-se dizer que a ponderação é uma técnica de resolução de conflitos entre pelo menos duas normas, isto é, a interpretação já restou feita e a ponderação do intérprete (que pode ser o julgador) é que determinará a escolha da norma que será aplicada. A partir da referida escolha, nada mais restará ao Juiz, senão realizar a subsunção da sua escolha ao caso concreto.

Assim, num primeiro momento, ter-se-ia a interpretação; logo após, a ponderação e, por último, a subsunção (típico mecanismo das regras).

Em situação oposta à subsunção, verificada a partir do conflito entre regras, tendo como consequência a exclusão de uma delas e que será tida como inválida, a ponderação tem a qualidade de poder equilibrar as ideias sobre o sentido e a carga valorativa, indicando as respectivas dimensões de peso para que ocorra a solução mais adequada para a colisão de princípios<sup>142</sup>.

A ponderação não acarreta a invalidade de um princípio que fora preterido por outro, mas apenas mitiga sua aplicação ao caso concreto em razão e outro com maior peso para a solução de conflitos gerados, sendo que o fato de um princípio ter sido preterido não impede que seja utilizado pelo Julgador em outro processo. Nesses casos, segundo Dworkin, o julgador opta por um dos princípios, sem que o outro seja extirpado do sistema, ou deixe de ser aplicado em outros casos que permitam sua prevalência e aceitação.

A ponderação mostra-se mais relevante quando o Judiciário enfrenta temas de grande complexidade e essencialmente difíceis, conforme bem observa Ana Paula de Barcellos<sup>143</sup>. No mesmo sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti também observa

---

<sup>142</sup> “Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo, conforme o peso que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação” (LARENZ, Karl, Op. cit, p. 575).

<sup>143</sup> “A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A

que em decisões em que se tenham casos difíceis a resolver, seja pela dificuldade em se determinar qual norma aplicar, interpretação a fazer ou pela necessidade de se afastar da lei - porque entende ser ela inconstitucional -, o juízo de ponderação é um dos meios que deve guiar a decisão do juiz<sup>144</sup>.

Alexy apresenta em sua teoria fórmulas para que a ponderação seja realizada. Sobre isso é importante esclarecer que o presente estudo não tem por objetivo realizar um aprofundamento da referida proposta, mas apenas indicar os principais aspectos da ponderação para referido doutrinador.

Robert Alexi consolidou a ponderação de princípios através das obras *Teoria dos Direitos Fundamentais* e *Teoria da Argumentação Jurídica*. De forma bem sintética, subdividiu a ponderação em dois campos: o da justificação interna e externa. A primeira seria a própria ponderação, sendo que a segunda, embasada pela teoria da argumentação, seria a responsável por amparar a resposta obtida pela realização de um procedimento racional.

De acordo com Alexy:

*A ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro<sup>145</sup>.*

Para Luis Roberto Barroso, a ponderação consiste em uma técnica de decisão judicial que se utiliza em casos difíceis, onde a subsunção mostrou-se insuficiente, notadamente nas hipóteses em que uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia e que mostram soluções diferentes.

Por tais motivos é que não se pode violar o texto da regra recuperacional que é clara e sem qualquer margem de dúvida ou discussão sob o fundamento

---

estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso” (BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.).

<sup>144</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 163.

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 68.

principiológico. Não havendo regras conflitantes, o texto vigente e que regula o caso concreto é que deve ser prestigiado e aplicado.

O Poder Judiciário já enfrentou o tema algumas vezes, sendo que vem ganhando força a ideia de que quando existe o conflito entre princípios e regras, esta deve prevalecer enquanto não restar declarado inconstitucional o seu enunciado.

O Tribunal de Justiça do Ceará<sup>146</sup>, ao analisar uma situação de conflito aparente entre o princípio da preservação da empresa e a regra legal, decidiu pela prevalência desta ante a inexistência de declaração de inconstitucionalidade da regra.

O caso concreto analisava a possibilidade de superar a exceção legal de exclusão de contratos garantidos por alienação fiduciária de títulos de créditos, sujeitando-os aos efeitos da recuperação judicial, tendo como fundamento o princípio da preservação da empresa positivado no art. 47 da LFR (artigo este fundamentalmente principiológico).

Por ser o art. 47 da LFR manifestamente principiológico, não podemos afirmar que havia, no caso concreto citado, conflito entre regras, mas sim entre regra (Art. 49, § 3º) e o princípio da preservação da empresa, refletido no art. 47 da mesma lei.

Assim, buscava-se a não aplicação do art. 49, § 3º, da referida lei, tendo como fundamento o princípio da preservação da empresa. Mas, como se pode

---

<sup>146</sup> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUNTADA DE PEÇAS OBRIGATORIAS E ESSENCIAIS. ATENDIMENTO AO ART. 525, I E II, CPC. PRELIMINAR REJEITADA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS E CRÉDITOS. EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INAPLICÁVEIS. ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05. PRECEDENTES.

I – (...)

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e demais Cortes de Justiça, inclusive deste Sodalício, entende que os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. Inteligência do art. 49, § 3º, da Lei n.º 11.101/05.

**III - O conflito entre o disposto no art. 49, § 3º e o art. 47, o qual regulamenta o princípio da preservação da empresa, é aparente, à medida que na dissonância entre regra e princípio, ambos presentes no mesmo diploma legal, prevalece aquela, a não ser que seja declarada sua inconstitucionalidade nos termos do que prevê a redação da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal.**

IV – Como a Cédula de Crédito Industrial em discussão encontra-se devidamente registrada, consoante se percebe pela documentação acostada por fls. 33/73, tal Cédula merece ser revestida da proteção adquirida a partir da dicção do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05.

V – (...) VI – (...) VII – (...) ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, reunidos na 7ª Câmara Cível, à unanimidade, conheço do presente agravo de instrumento, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto deste Relator. (TJCE, AI 0625152-37.2015.8.06.0000, Relator(a): FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE; Comarca: Barbalha; Órgão julgador: 7ª Câmara Cível; Data do julgamento: 25/08/2015; Data de registro: 25/08/2015). Grifo nosso.

observar pelo julgado, mantiveram referidos contratos fora da recuperação e decidiu-se pela regra em detrimento do princípio.

O critério apresentado no julgado acima é um dos que podem ser utilizados para solucionar conflitos entre princípios e regras. É entendimento no Acórdão que uma vez inexistindo qualquer declaração de inconstitucionalidade do texto da regra jurídica, deve esta prevalecer, sendo apresentada como fundamento a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal<sup>147</sup>.

## 2.5. REAFIRMAÇÃO DA IMPORTÂNCIA E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA ATUALIDADE

O estudo dos princípios do Direito e sua aplicação no caso concreto vem ganhando novos rumos nos tempos atuais, notadamente no Direito Comercial. Atualmente, referido ramo do Direito vem passando por uma efetiva e necessária *revitalização*<sup>148</sup>, utilizando-se da expressão de Fábio Ulhoa Coelho

Depois de um grande período em que o estudo e a aplicação dos princípios ficaram esquecidos, deixados de lado e sem grande relevância para os juristas, a Constituição Federal de 1988 trouxe novamente à tona os princípios do Direito positivados em seu texto, de forma que toda a legislação infraconstitucional passou a se aprimorar e levar em conta referidos princípios na sua criação e aplicação.

Com a promulgação da Constituição, houve uma importante mudança no ambiente jurídico brasileiro, notadamente com a inserção no referido texto de uma grande carga de princípios<sup>149</sup>. Daí a grande necessidade de se revisitarem os princípios, reafirmando sua efetiva importância e aplicação no caso concreto. Tal cenário justifica a efetiva revitalização do Direito Comercial em nosso país, liderada por vários juristas, entre eles o professor Fábio Ulhoa Coelho.

---

<sup>147</sup>“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (BRASIL, 2008).

<sup>148</sup>“A revitalização do direito comercial é uma questão brasileira e não global. Ela responde às demandas específicas do reposicionamento da nossa economia no cenário mundial. Sendo questão brasileira, há de percorrer os caminhos próprios de nossa cultura jurídica, que, viu-se, é caracterizada pela presença marcante dos princípios, na solução de conflitos de interesses. Em suma, a revitalização do direito comercial brasileiro consiste na enunciação, exame e difusão dos princípios desta área jurídica” (COELHO. Op. cit. 2012, p. 14).

<sup>149</sup>“Os princípios constitucionais da ordem econômica são proposições diretoras dessa ordem, às quais todo o seu desenvolvimento posterior deve estar subordinado. [...] São eles que determinam a orientação que o legislador ordinário se sujeita para elaboração das leis. Os princípios constitucionais da ordem econômica são regras incorporadas ao texto constitucional” (SILVA, Américo Luiz Martins da. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 61).

Aliás, o projeto do Novo Código Comercial (PL n. 1.572/2011) contempla a positivação de muitos princípios inerentes ao Direito Comercial e que há muito foram deixados de lado pelos militantes nesta área.

De acordo com Vicente Cândido, o referido projeto de lei tem como um dos seus objetivos a enunciação dos princípios do Direito Comercial, proporcionando uma contribuição para a modernização e a simplificação da vida empresarial, além de dotar de maior previsibilidade as decisões judiciais, concluindo que, enquanto o Direito Comercial não se adequar à argumentação por princípios, “seu isolamento continuará contribuindo para a ineficácia de várias de suas regras”<sup>150</sup>.

Enquanto em muitos ramos do Direito os princípios tiveram um tratamento mais efetivo, inclusive no que se refere à interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário (como exemplo o Direito Constitucional, o Direito Processual Civil e o Direito Penal), no Direito Comercial a questão principiológica ficou um pouco esquecida pelos comercialistas, sendo que agora ganha força.

Atualmente, fala-se, na expressão utilizada pelo Prof. Fábio Ulhoa Coelho, *no recoser* da teoria dos princípios do Direito Comercial.

E neste ambiente de relevância dos princípios para o Direito, a positivação dos princípios constitucionais da ordem econômica<sup>151</sup> é tema dos mais relevantes, principalmente os estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal<sup>152</sup>.

Eros Grau foi um dos primeiros doutrinadores a afirmar que com a promulgação da Constituição houve uma mudança de paradigma, ou seja, passou-se a prevalecer o paradigma dos princípios em nosso sistema jurídico.

Destarte, toda a ordem econômico-constitucional foi inserida na Constituição de 1988 tendo por fundamento princípios que devem nortear toda a atividade legislativa e judicial, seja quando da elaboração das normas jurídicas, seja quando da efetiva aplicação da norma ao caso concreto.

---

<sup>150</sup> CÂNDIDO, Vicente. Os Princípios Constitucionais e a Exploração da Atividade Econômica. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de código comercial*. (São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132).

<sup>151</sup> Eros Grau descreve a ordem econômica “como um conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macro jurídica, conformação esta operada mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado” (GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 47).

<sup>152</sup> Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte” (BRASIL, 1988).

Não restam dúvidas, portanto, que a Constituição Federal de 1988 está fundada em valores e princípios que devem orientar todo o ordenamento jurídico. Entretanto, não se pode considerar o Direito como um conjunto de normas que apresentam, apenas, “fórmulas” de comportamento ou organização. Isso porque o fundamento de toda norma jurídica está amparado em um valor.

Assim, o

valor que se contém na norma responde, em último caso, por seu acatamento, por sua eficácia, o que equivale a dizer, pela própria possibilidade do Direito. Como este valor decorre do fato, não há como deixar de ressaltar a alta importância de sua seleção<sup>153</sup>.

Se o fundamento do Direito está nos valores e se a Constituição é caracterizada por agrupar as normas fundamentais do ordenamento jurídico, conclui-se que todo o fundamento das normas constitucionais positivadas reside nos valores.

O conteúdo constitucional representa os valores sustentados pela sociedade e que são materializados pelas normas constitucionais, de forma que deverão pautar todas as outras normas integrantes do ordenamento jurídico.

Sobre o tema, importante é a análise dos ensinamentos de Robert Alexy ao analisar o ordenamento jurídico alemão:

*El ejemplo más importante de una posición constitucionalista lo ofrece la axiología del Tribunal Constitucional Federal. De acuerdo con esta concepción, que fuera plenamente elaborada por primera vez en el fallo Lüth del año 1958, la Ley Fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales, un “orden objetivo de valores” que, en tanto “decisión iusconstitucional fundamental”, vale para todos los ámbitos del derecho y del cual reciben “directrices e impulsión de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un “efecto de irradiación” en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según*

---

<sup>153</sup>VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18-19.

*valores y principios constitucionales.*<sup>154</sup>

Ainda, relevantes são os ensinamentos de Mauro Cappelletti:

As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a dizer estaticamente o que é o direito, a “dar uma ordem” para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as rationes, os Gründe da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em uma polêmica contra o passado e um programa de reformas em direção ao futuro<sup>155</sup>.

Ressalte-se que a Constituição Brasileira de 1988 consagra uma grande quantidade de valores, materializados em princípios. Estes exercem um papel indispensável no regime jurídico-constitucional. Isso porque, por serem considerados como o reflexo dos valores superiores consagrados pela sociedade, orientam todas as normas constitucionais e, por consequência, as infraconstitucionais. Daí a sua efetiva importância em todos os ramos do Direito na atualidade.

## 2.6. PRINCIPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A idéia de preservação da empresa e sua conotação principiológica amplamente utilizada na atualidade foi sendo construída ao longo do tempo na doutrina e jurisprudência, sendo certo que com a Constituição Federal de 1988 e a publicação da Lei n. 11.101/2005, que veio regular a falência e recuperação das empresas, é que o tema ganhou mais destaque no ambiente jurídico.

Não há indicativo preciso na doutrina que possa comprovar, categoricamente, o início da utilização da terminologia “preservação da empresa” (tanto no sentido econômico como principiológico).

Inicialmente, a idéia de preservação da empresa foi utilizada em conflitos que tinham por objeto as dissoluções de sociedades, notadamente as dissoluções

---

<sup>154</sup>ALEXYS, Robert. *El concepto y la validez del derecho: Filosofía del derecho*. Tradução de Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004, p. 159.

<sup>155</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 89.

parciais, pois se revelavam mais interessantes do ponto de vista econômico<sup>156</sup>.

Partindo da esfera Constitucional e da análise literal dos princípios positivados na Constituição Federal de 1988, especialmente na ordem econômica, poder-se-ia concluir, de forma equivocada, que o princípio da preservação da empresa não estaria ali contemplado. No entanto, o referido princípio é extraído da interpretação teleológica e sistemática do princípio da função social da propriedade.

O art. 5º, inciso XXIII da CF, estabelece uma diretriz principiológica de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos ao estabelecer que “a propriedade atenderá a sua função social”. A inserção deste dispositivo entre os direitos e garantias individuais já era suficiente para que seu objetivo principal de mudar a própria estrutura da propriedade fosse atingido.

Não bastasse, novamente foi ressaltado no art. 170, inciso III, que a propriedade, no ambiente da atividade econômica - que é pautada pela livre iniciativa e valorização do trabalho humano -, deve observar o *princípio da função social da propriedade*<sup>157</sup>.

A análise do princípio deve ser iniciada pelo conceito de “função”. Eros Roberto Grau<sup>158</sup>, citando Santi Romano, afirma que “as funções (*officia, munera*) são

---

<sup>156</sup> COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTA. MORTE DE UM DOS SOCIOS. HERDEIROS PRETENDENDO A DISSOLUÇÃO PARCIAL. DISSOLUÇÃO TOTAL REQUERIDA PELA MAIORIA SOCIAL. CONTINUIDADE DA EMPRESA. SE UM DOS SOCIOS DE UMA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA PRETENDE DAR-LHE CONTINUIDADE, COMO NA HIPOTESE, MESMO CONTRA A VONTADE DA MAIORIA, QUE BUSCA A SUA DISSOLUÇÃO TOTAL, DEVE-SE PRESTIGIAR O PRINCIPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, ACOLHENDO-SE O PEDIDO DE SUA DESCONSTITUIÇÃO APENAS PARCIAL, FORMULADO POR AQUELE, POIS A SUA CONTINUIDADE AJUSTA-SE AO INTERESSE COLETIVO, POR IMPORTAR EM GERAÇÃO DE EMPREGOS, EM PAGAMENTO DE IMPOSTOS, EM PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DAS COMUNIDADES EM QUE SE INTEGRA, E EM OUTROS BENEFÍCIOS GERAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ - REsp: 61278 SP 1995/0008381-7, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 25/11/1997, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.04.1998 p. 121).

<sup>157</sup> Em relação a este tema, relevantes são os ensinamentos de Calixto Salomão Filho e Fábio Comparato: “No Brasil, a idéia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a idéia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da ‘regulamentação externa’ dos interesses envolvidos pela empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como o direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais” (SALOMÃO FILHO, Calixto; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 132-133).

<sup>158</sup> GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 119.

os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”.

A “função” pode ser considerada como um poder que não se exercita apenas levando-se em conta o interesse exclusivo do titular, mas também o compatibilizando com os de terceiros. Pode-se afirmar, nesse contexto, que não é a coisa que possui a função, mas o proprietário dela. Assim, é o proprietário da coisa que deverá exercer e cumprir a “função social”.

O exercício do direito de propriedade com uma conotação social não foi consolidado instantaneamente, sendo fruto de constantes adaptações e reconhecimento de valores e necessidades sociais. A ideia de um direito de propriedade, fundado no direito ou poder exclusivo e ilimitado de uma pessoa em relação à coisa, acabou sofrendo sensíveis transformações.

As antigas conotações da propriedade como um *ius fruendi, utendi et abutendi*, que orientavam o direito de propriedade nos Códigos mais antigos (como, por exemplo, o Código Civil brasileiro de 1916) perderam sua força, sendo que um novo paradigma de propriedade foi sendo construído. José Afonso da Silva, discorrendo sobre o tema, afirma:

O caráter absoluto do direito de propriedade, a concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo o qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que se ficasse assegurado, aos demais indivíduos o exercício de seus direitos) foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social, e ainda do estágio mais avançado da propriedade socialista<sup>159</sup>.

A propriedade, sendo produto da sociedade, está sujeita a certas limitações sociais. Estas são elaboradas, tendo por base os valores sociais de uma determinada época e momento histórico, sendo que o conteúdo do conceito de propriedade deve adequar-se a elas. A intervenção do Estado na propriedade será maior ou menor em função dos valores sociais atribuídos a ela pela sociedade.

A noção da função social da propriedade deve ser vista como uma compatibilização entre o individualismo e o socialismo, com certa vantagem daquele.

---

<sup>159</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 240-241.

Isso porque o direito sobre a propriedade privada continua sendo protegido, pois se trata de princípio orientador do capitalismo. Há apenas uma pequena tendência de se buscar, no regime socialista, uma preocupação com a socialização da propriedade.

É a ideia de se analisar a propriedade como um direito-função (social). A propriedade continua a ser protegida como um direito individual, no entanto, com algumas restrições e limitações em benefício da coletividade.

Ao tratar da função social da propriedade na ordem econômica, outro não é o caminho senão poder vinculá-la, também, ao conceito de empresa. Se a propriedade pode ser vista como um dos fatores de produção do capitalismo, e se a empresa faz parte do processo de organização de tais fatores, não há como desvincular empresa e propriedade sob a ótica da função social.

A empresa no cenário atual desempenha um papel importante, pois cria riquezas, gera empregos, distribui rendas, podendo, inclusive, contribuir com a assistência social.

Utilizando-se dos ensinamentos de Octávio Bueno Magano, Eros Grau afirma que a empresa:

Equipara-se a uma comunidade de trabalho, unificada por interesses transcendentais dos interesses singulares dos indivíduos que a compõem; funciona para a satisfação de múltiplos interesses: dos proprietários; dos administradores; dos empregados e da comunidade em que se encontra integrada<sup>160</sup>.

Os bens de produção devem ser vistos de forma dinâmica. O empresário, ao exercer a empresa, obrigatoriamente organiza os fatores de produção. No entanto, sendo tais fatores caracterizados como propriedade, devem ser organizados de forma que o interesse social supere o individual. Nasce, dessa forma, o princípio da função social da empresa. Referido princípio pode ser tido como um corolário da “função social da propriedade”.

Manifesta Eros Grau da seguinte forma:

Apenas em relação aos bens de produção se pode colocar o problema do conflito entre propriedade e trabalho e do binômio propriedade-empresa. Esse novo direito – nova legislação – implica

---

<sup>160</sup> GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 115.

prospecção de uma nova fase (um aspecto, um perfil) do direito de propriedade, diversa e distinta da tradicional: a fase dinâmica. Aí, incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa. Por isso, também, é que – como enfatiza Fábio Konder Comparato – já não é ela um poder-dever do proprietário, mas do controlador<sup>161</sup>

O direito positivo brasileiro contempla na Lei das Sociedades Anônimas, por exemplo, a função social da companhia. O art. 154 e o parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76 ressaltam, respectivamente, a função social da empresa e a função social da companhia.

Sobre a função social da empresa, deve-se ressaltar os ensinamentos de Waldírio Bulgarelli:

É natural que, como centro polarizador da atividade econômica moderna já chamada de célula-mater da economia em nossos tempos, convergisse para a empresa uma variada gama de interesses, dizendo respeito aos trabalhadores, aos credores, ao Estado (quer na sua função mais mesquinha de arrecadador de impostos, quer como incentivador das atividades produtoras, quer ainda como intérprete das aspirações populares ou do bem público), aos sócios ou acionistas em relação ao empresário coletivo; aos consumidores, à comunidade, etc. É sem dúvida que a regulação ou a proteção desses interesses chega a extravasar a área delimitada do Direito Comercial indo a alcançar outros ramos do Direito. Era natural também que se acrescessem os deveres da empresa para com a sociedade e consequentemente a sua responsabilidade, ficando-se autorizado a conferir-lhe, por isso, uma função social consequente com a ideia natural de bem público<sup>162</sup>.

O princípio da função social da empresa não significa transformar a sociedade empresária em um órgão público, onde o interesse particular seja renegado. Cuida-se, apenas, de buscar um sentido social para a atividade empresária ao dinamizar os fatores de produção. De sorte que o emprego, a defesa dos interesses do consumidor, o meio ambiente, entre outros, possam ser protegidos, tudo para que seja assegurada a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

<sup>161</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 237.

<sup>162</sup> BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: RT, 1985, p. 267-268.

No dizeres de Ecio Perin Junior<sup>163</sup>, a função social da empresa é possibilitar que outros (e não apenas o próprio proprietário) participem dos benefícios da propriedade, de forma a proporcionar uma propriedade humana para todos.

O tema da função social da empresa, inclusive na Lei de Falência e Recuperação das Empresas, já foi objeto de apreciação, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, o guardião da Constituição foi provocado a manifestar-se sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei 11.101/2005, principalmente no tocante as alterações da regulamentação dos créditos trabalhistas (limitações de pagamento e sucessão). O posicionamento consta da ADIn 3.934.-2/DF<sup>164</sup> e o Relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski.

Da análise da ementa, do voto do relator e dos demais ministros, tem-se uma perfeita compreensão do posicionamento do STF em relação à função social da empresa e, conseqüentemente, à manutenção e à preservação da empresa.

Ao comentar referida decisão, André Ramos Tavares afirma que o “STF caminha para um entendimento de reconhecer a “função social”- positiva, reitera-se – que a empresa desempenha para o bom funcionamento da economia e do pleno emprego.”<sup>165</sup>

Diante do acima apresentado, tem-se que o referido princípio da função social da empresa deve ser levado para a ideia de preservação da empresa. Assim, pode-se concluir que a função social da empresa indica o caminho para o princípio da preservação da empresa.

---

<sup>163</sup> Sobre o tema, continua referido doutrinador afirmando que “o adequado uso da propriedade privada e um sistema legítimo caracterizam-se pelo acesso à propriedade efetivamente aberta a todos. Nesse sentido, é justo concluir que a função social da propriedade e conseqüentemente da empresa une-se à sua função pessoal” (PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25).

<sup>164</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 60, PARÁGRAFO ÚNICO, 83, I E IV, c, E 141, II, DA LEI 11.101/2005. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, III E IV, 6º, 7º, I, E 170, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I - Inexiste reserva constitucional de lei complementar para a execução dos créditos trabalhistas decorrente de falência ou recuperação judicial. II - Não há, também, inconstitucionalidade quanto à ausência de sucessão de créditos trabalhistas. III - Igualmente não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários. **IV - Diploma legal que objetiva prestigiar a função social da empresa e assegurar, tanto quanto possível, a preservação dos postos de trabalho.** V - Ação direta julgada improcedente. (STF, ADI 3934, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENTA VOL-02381-02 PP-00374 RTJ VOL-00216- PP-00227). Grifo nosso.

<sup>165</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 94.

Como ressalta Ana Frazão<sup>166</sup>, fica claro, pois, que o princípio da função social da empresa projeta-se sobre a manutenção e a preservação da atividade empresarial, destacando que a interrupção desta não pode ficar a critério exclusivo dos gestores nem de determinados sócios ou credores diante dos diversos outros interesses relevantes que justificam a continuidade de sua atividade.

Portanto, considerando que o princípio da função social da empresa tem como um de seus objetivos a preservação da atividade econômica organizada que seja viável (empresa viável), o atingimento de tal finalidade se dá com a manutenção da empresa, ou seja, esta pode ser vista como um corolário do princípio em questão.

O princípio da preservação da empresa foi, inclusive, reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça como *vontade do poder constituinte originário*, nos exatos termos do Min. Luis Felipe Salomão quando do julgamento do REsp. 1.023.172-SP<sup>167</sup>.

Há que se ressaltar que o princípio da preservação da empresa traz à tona a separação que existe entre a empresa (atividade econômica) e o seu titular (empresário). O que se tutela com o princípio da preservação da empresa é justamente manter a possibilidade do funcionamento de uma atividade econômica, independentemente da sorte de seu titular.

Em sede de recuperação judicial, constata-se que o instituto não tem por finalidade principal salvar o empresário que passa por dificuldades financeiras, mas sim manter em funcionamento atividades econômicas que podem contribuir para a manutenção dos empregos, mercado, arrecadação fiscal, desenvolvimentos regionais, entre outros.

Marlon Tomazette<sup>168</sup> também corrobora a ideia de que o objetivo da lei de

---

<sup>166</sup> FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

<sup>167</sup> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/1945. IMPONTUALIDADE. DÉBITO DE VALOR ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. **1. O princípio da preservação da empresa cumpre preceito da norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário, de modo que refoge à noção de razoabilidade a possibilidade de valores inexpressivos provocarem a quebra da sociedade comercial, em detrimento da satisfação de dívida que não ostenta valor compatível com a repercussão sócio-econômica da decretação da quebra.** 2. A decretação da falência, ainda que o pedido tenha sido formulado sob a sistemática do Decreto-Lei 7.661/45, deve observar o valor mínimo exigido pelo art. 94 da Lei 11.101/2005, privilegiando-se o princípio da preservação da empresa. Precedentes. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1023172/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 15/05/2012). Grifo nosso.

<sup>168</sup> “A recuperação judicial não se preocupa em salvar o empresário (individual ou sociedade), mas sim manter a atividade em funcionamento. A empresa (atividade) é mais importante que o interesse

recuperação das empresas não é salvar o empresário, mas sim a atividade.

Manoel Justino Bezerra Filho<sup>169</sup> afirma que a manutenção em funcionamento da empresa é de interesse social acentuado, sendo que a Lei de Falências e Recuperação das Empresas possibilita o afastamento dos sócios e a manutenção da empresa em funcionamento.

Por fim, é possível afirmar que, como consequência do princípio da preservação da empresa, a quebra do empresário é medida extrema, pois todo o ordenamento jurídico corrobora a ideia de preservação da empresa.

## 2.7. POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA LEI DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

Como já dito anteriormente, a carga principiológica da Constituição de 1988 aliada à consagração da teoria da empresa no Direito Comercial brasileiro trouxe como consequência lógica a necessidade de se positivar o princípio da função social da empresa e sua preservação em toda a ordem infraconstitucional, principalmente na Lei de Falências e Recuperação das Empresas. Trata-se, nas palavras de Sérgio Botrel, da concretização da ordem constitucional<sup>170</sup>.

A manutenção da empresa viável é o objetivo idealizado pela nova legislação. Com efeito, a possibilidade de recuperação da atividade momentaneamente em crise, com a implantação de um plano de reestruturação empresarial, renegociação do passivo com os credores e continuidade do negócio é, sem dúvida, a marca inovadora da lei.

Com esses ideais, ressalta-se a consecução dos fins sociais do empreendimento, especialmente a preservação dos empregos gerados pela

---

individual do empresário, dos sócios e dos dirigentes da sociedade empresária. Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso permitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados...)” (TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. Vol. 3: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2011).

<sup>169</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresa e falência: Lei n. 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 10 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>170</sup> “O reconhecimento da força normativa da Constituição é premissa elementar para se materializar uma ordem judicial legítima, que é, por sua vez, pressuposto básico para se alcançar uma ordem socio-econômica. Por isso, impõe-se aos aplicadores e estudiosos do Direito incentivar a concretização da ordem constitucional” (BOTREL, Sérgio. *Direito Societário Constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17).

continuidade da empresa, o recolhimento de tributos e a geração de riquezas e renda, devendo, inclusive, manter, desde que possível, a estrutura organizacional ou societária principal.

Se existe possibilidade de preservação do negócio em crise, o instrumento será a recuperação, judicial ou extrajudicial, privilegiando-se, o quanto possível, a estrutura original da organização empresarial, com menor interferência do Estado e dos credores sobre a atividade.

*Contrario sensu*, a constatação de problemas crônicos na administração da empresa, que inviabilizam a gestão ou continuidade do negócio exige do Estado intervenções necessárias e eficientes. Se for o caso, a substituição de administradores e a modificação da organização empresarial dentro do plano de recuperação, a fim de evitar a potencialização dos males e o agravamento da crise que está conduzindo o negócio à falência. Não se pode pretender a recuperação a qualquer custo<sup>171</sup>.

Conforme assinalou Aloísio Pessoa de Araújo, “a nova lei foi feita com objetivo de favorecer a recuperação de empresas viáveis e a rápida eliminação de empresas sem perspectivas econômicas”<sup>172</sup>.

É importante esclarecer que também no procedimento da falência há nítida presença do princípio da preservação da empresa, notadamente quando da

---

<sup>171</sup> COMERCIAL. AGRAVO NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E DO TRABALHO. LEI 11.101/05. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DE AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO.- Superado o prazo de suspensão previsto no art. 6º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 11.101/05, sem que tenha havido a aprovação do plano de recuperação, devem as ações e execuções individuais retomar o seu curso, até que seja aprovado o plano ou decretada a falência da empresa. - O legislador concatenou o período de suspensão de 180 dias com os demais prazos e procedimentos previstos no 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. - **A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05.** Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação.- Outrossim, uma vez aprovado o plano de recuperação, não se faz plausível a retomada das ações e execuções individuais após o decurso do prazo legal de 180 dias, pois nos termos do art. 59 da Lei nº 11.101/05, tal aprovação implica novação. - Em situações excepcionais, a serem oportunamente enfrentadas por esta Corte, a regra pode comportar exceções. Todavia, o temperamento banalizado e desmedido do prazo de suspensão pode, desde já, importar retrocesso para o drama vivido na época das intermináveis concordatas, que o legislador procurou sepultar. - Agravo não provido.(STF, AgRg no CC 110.250/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 16/09/2010). Grifo nosso.

<sup>172</sup> ARAÚJO, Aloísio Pessoa de. A nova Lei de Falências, o Judiciário e o risco Brasil. *Folha de São Paulo*. 27 dez. 2004. B3.

regulamentação da realização do ativo em que busca, em primeiro lugar, a venda do estabelecimento empresarial em bloco, permitindo que outro empresário ou sociedade empresária possa continuar o desenvolvimento da atividade econômica em questão.

A Lei n. 11.101/2005 inseriu no ordenamento jurídico pátrio a recuperação das empresas com alguns objetivos bem definidos, especialmente a preservação da atividade econômica organizada (empresa), conforme princípios que estão estampados no art. 47 da Lei <sup>173</sup>.

Nota-se que referido artigo fornece diretrizes para que eventuais lacunas e omissões possam ser superadas e sanadas pela jurisprudência, como bem ressalta Arnaldo Wald e Ivo Waisberg<sup>174</sup>.

Percebe-se, claramente, que o artigo 47 anota como uma das principais finalidades da recuperação judicial a preservação da empresa, positivando, de forma muito clara, o princípio da função social da empresa constitucionalmente garantido.

Por tal motivo é que o tão comentado *princípio da preservação da empresa*<sup>175</sup> aparece como um objetivo a ser buscado quando da aplicação do procedimento da recuperação judicial das empresas.

A presença do princípio da preservação da empresa também pode ser facilmente notada nos exemplos legais para que o plano de recuperação seja estruturado (Art. 50 da LFRE), ou seja, ao contemplar o referido artigo sobre alguns meios de recuperação, resta evidente a inserção do princípio da preservação da

---

<sup>173</sup>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.

<sup>174</sup>“Na ocorrência de omissões ou conflitos, as diretrizes do art. 47 deverão ser chamadas a participar do processo de integração da norma. Devido à completa revolução que se operou no sistema concursal, dúvidas tendem a surgir, e o legislador andou bema o definir quais são os princípios que devem nortear o intérprete na superação das lacunas e na harmonização entre disposições.” (WAISBERG, Ivo; WALD, Arnaldo. Artigos 47 a 49 da Lei 11.101/2005. In: Osmar Brina Corrêa-Lima; Sérgio Mourão Corrêa-Lima. (Org.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 321).

<sup>175</sup>Fábio Ulhoa Coelho apresenta as seguintes considerações em relação ao princípio da preservação da empresa: “Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em vista é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locução identificadora do princípio, “empresa” é conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”), nem com o lugar em que é explorada (“estabelecimento empresarial”). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento.” (Coelho, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto do Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40).

empresa. O trespasse ou arrendamento do estabelecimento empresarial (Art. 50, VII) é exemplo característico.

Mas, como anteriormente anotado, o referido princípio não pode ser objeto de aplicação irrestrita pelo Poder Judiciário, sob pena de violação de dispositivos de lei e até mesmo outros princípios.

Vale questionar: há limites e critérios para aplicação princípio da função social da empresa e preservação da empresa? Em caso afirmativo, quais os critérios limitativos e de balizamento? E quais são as consequências dos exageros para a segurança jurídica? As inquietações mencionadas compõem a pedra angular do presente estudo e nortearão a análise proposta nos capítulos seguintes.

### 3. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS TRIBUNAIS – UMA ANÁLISE DE DECISÕES VIÁVEIS

A aplicação ou não do princípio da preservação da empresa em decisões que envolvem o procedimento da recuperação judicial é o foco do presente estudo.

Desta forma, neste momento, serão analisados julgados dos Tribunais sobre temas em que se torna viável (possível) a aplicação do princípio da preservação da empresa sem que se tenha excessos, em harmonia com o sistema jurídico e com os demais princípios que norteiam o processo de recuperação das empresas, como é o caso do interesse dos credores.

Será demonstrado que o princípio da preservação da empresa pode ser utilizado quando o texto da lei traz algumas imperfeições ou dúvidas em seu comando, que são capazes de produzir várias interpretações, inclusive divergentes. É como se a regra levasse a uma interpretação que pode trazer várias conclusões, ficando o intérprete e aplicador da lei em uma “margem cinzenta”, funcionando o princípio da preservação da empresa como um fundamento para a escolha da decisão a ser proferida no caso concreto.

Se o comando normativo deixa dúvidas ou margens para uma interpretação que possa levar a vários entendimentos e soluções possíveis, o princípio da preservação da empresa pode ser utilizado para desenhar e fundamentar a decisão a ser proferida pelo magistrado.

Mesmo que não se concorde com a interpretação dada, a fundamentação principiológica passa a ser viável e possível, pois a margem cinzenta que decorre da imperfeição da lei ou da dúvida em seu dispositivo autoriza o magistrado a seguir uma das soluções possíveis.

Como já anotado anteriormente, a aplicação dos princípios é fato incontroverso, notadamente sua força normativa exaltada com a teoria pós-positivista. No entanto, devemos analisar em casos concretos a viabilidade e correção na sua aplicação.

Tal medida se torna necessária para que não se prestigie a *farra principiológica*<sup>176</sup>, expressão idealizada por Luciano Timm. Serão analisados julgados que tratam de temas específicos e que envolvem a possibilidade de

---

<sup>176</sup> TIMM, LUCIANO. Um novo Código Comercial é necessário?, Valor Econômico, de 31-10-2012, p. E2,

aplicação ou não do princípio da preservação da empresa, como nos casos da *trava bancária e inexigibilidade de certidões negativas tributárias*.

Neste tópico, serão analisados julgados em que o princípio foi bem aplicado (ou deixou de ser aplicado) para solução de lides que envolveram tais temas, sendo que no capítulo seguinte serão analisados julgados que, de forma contrária, utilizaram o princípio da preservação da empresa de forma equivocada, em excesso, causando prejuízos ao sistema, aos credores e até mesmo à segurança jurídica.

Devemos anotar, no entanto, que o objetivo do presente trabalho não é lançar críticas, desmerecer ou desprestigiar as opiniões apresentadas pelos juízes e desembargadores em seus votos, mas contribuir com o debate acadêmico sobre o tema e aprimorar o sistema de utilização e aplicação dos princípios em processos de recuperação das empresas, notadamente o da preservação das empresas.

### 3.1 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A TRAVA BANCÁRIA

O art. 49<sup>177</sup> da Lei n. 11.101/2005 exclui do processo de recuperação alguns créditos ali especificados, notadamente nos seus §§ 3º e 5º. Da análise dos referidos dispositivos, constata-se que dois interesses estão ali envolvidos, o do devedor e o do credor<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Art. 49: “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 1º (...); § 2º (...) § 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 (...). § 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” (BRASIL, 2005).

<sup>178</sup> Fábio Ulhoa Coelho menciona que a trava bancária “foi a maneira encontrada pelo legislador para compatibilizar dois valores igualmente prestigiados na edição da LF, em 2005: de um lado, o relacionado à importância de se prover os meios para propiciar a recuperação das empresas em crise, em atenção aos múltiplos interesses que gravitam em torno da exploração empresarial da atividade econômica (os de trabalhadores, consumidores, economia local, etc); e, de outro, o pertinente à redução de custos do financiamento bancário, imprescindível à construção de um marco regulatório, no Brasil, favorável à atração de investimentos” (COELHO, Fábio Ulhoa. *A Trava Bancária*. Revista do Advogado, Editada pela Associação dos Advogados de São Paulo Editada pela

No dizeres de Luiz Felipe Salomão, notadamente em relação ao § 3º, gravitam em torno da matéria dois interesses em conflito: “o da sociedade em recuperação judicial e o do credor, instituição financeira, que recebeu títulos de crédito em garantia fiduciária de contrato de abertura de crédito”<sup>179</sup>.

É certo que os mencionados créditos excluídos da recuperação são aqueles que normalmente são detidos pelos bancos e que, por tais motivos, a doutrina costuma rotular de “travas bancárias”.

Fábio Ulhoa Coelho leciona que a trava bancária “consiste em dois dispositivos da Lei de Falências em que determinados créditos, normalmente titulados pelos Bancos (mas, em alguns casos, não só por eles), são poupados dos efeitos da recuperação judicial: §§ 3º e 4º do art. 49”<sup>180</sup>.

Assim, a lei de recuperação judicial brasileira excluiu da recuperação judicial, de forma expressa, o credor titular da condição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, o arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio.

Em tais casos, além da exclusão da recuperação, prevalecem os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão definido no o § 4º do art. 6º da lei de recuperação, a venda ou retirada do estabelecimento do devedor os bens de capital essencial para a sua atividade empresarial.

Além de tais situações, foram excluídas as importâncias entregues ao devedor em moeda corrente nacional decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, nos termos do § 4º do mesmo art. 49 (e que será objeto de análise em tópico específico mais adiante).

Por fim, não se sujeitam à recuperação judicial o crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, nos termos do § 5º do art. 49.

---

Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. São Paulo. Ano XXIX, n. 105, set. 2009, p. 61-65).

<sup>179</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 236.

<sup>180</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 61-62.

Como ressalta Renata Mota Maciel Madeira Dezem<sup>181</sup>, os créditos indicados foram excluídos da recuperação judicial em uma tentativa de se reduzir os custos do crédito no Brasil, na medida em que os credores detentores de tais garantias teriam segurança de não se submeterem a processos de recuperação em situações de crise do devedor.

É certo que no presente estudo não se buscará discutir cada uma das situações de exclusão, pois não é o foco do trabalho. O que se pretende é fazer uma reflexão sobre decisões dos Tribunais pátrios em que se utilizou do princípio da preservação da empresa, seja para manter o posicionamento legal, seja para alterar o comando legal dando novos contornos à exclusão de créditos da recuperação, notadamente a cessão fiduciária de títulos.

O tema ainda é controverso, sendo que há opiniões contrárias à não sujeição dos referidos créditos (todos ou alguns deles) nos processos de recuperação.

Ivo Waisberg<sup>182</sup> defende a necessidade de uma alteração legislativa para que tais créditos fiquem sujeitos ao plano de recuperação (mesmo que para isso seja criada nova classe de credores), de forma que a empresa possa efetivamente se recuperar. Para ele, a exclusão seria defensável nos processos de falência e não na recuperação.

Sem adentrar no debate que permeia o tema, o propósito é analisar a efetiva utilização do princípio da preservação da empresa em decisões que envolvem a submissão ou não dos referidos créditos em processos de recuperação.

No que se refere às travas bancárias, vários são os julgados em que se manteve a restrição legal para excluir os créditos da recuperação. Em tais casos, o princípio da preservação da empresa foi utilizado pelo devedor em recuperação para fundamentar pedido de liberação das travas bancárias, objetivando a inclusão dos referidos créditos no plano de recuperação.

---

<sup>181</sup> DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. Poderes do juiz e dos credores na recuperação judicial: análise da Lei n. 11.101/2005 a partir dos interesses envolvidos. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana. *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas Estudos Luso-Brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 79.

<sup>182</sup> Ainda, segundo o referido doutrinador, “as hipóteses previstas no Art. 49, § 3º da Lei somente teria lógica no contexto falimentar, pois a existência de credores não sujeitos a recuperação abala todo o sistema e a lógica da recuperação judicial. A proposta apresentada por ele é uma necessária reformulação da lei para que sejam retiradas todas as posições não sujeitas ao processo de recuperação, mantendo-se as garantias em eventual processo de falência” (WAISBERG, Ivo. O necessário fim dos credores não sujeitos à recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco Elias [Coord]. *10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 199-209.

Mas, não foi suficiente para dar outra interpretação, senão o prestígio à legalidade da trava bancária. A corrente majoritária, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, entende pela validade da trava bancária, não se sujeitando referidos credores ao plano de recuperação judicial.

Manteve-se afastado o princípio da preservação da empresa nas referidas decisões, em claro prestígio à lei e à segurança jurídica tão almejada pelos empresários e credores.

O tema é controverso tanto na doutrina como na jurisprudência, especialmente sobre a questão da cessão fiduciária de direitos creditórios. Isso porque a referida modalidade de contrato não está contemplada de forma expressa no texto legal.

A regra do § 3º do art. 49 menciona que estão excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos pertencentes ao credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis. Passou-se a discutir, na doutrina e jurisprudência, se a cessão fiduciária de direitos creditórios também seria garantida pela sua exclusão dos processos recuperacionais.

Ricardo Villas Bôas Cueva aponta referida controvérsia<sup>183</sup>. O doutrinador, ao comentar a questão da trava bancária em decisões do Superior Tribunal de Justiça, ponderou que o próprio Tribunal apontou a efetiva controvérsia.

E o fez ao apresentar o julgamento da AgRg na MC 17.722/MT (DJe 10-03-2011, Rel. Desembargador convocado Vasco Della Giustina)<sup>184</sup>, no qual se

---

<sup>183</sup> “As controvérsias decorrentes da implementação da trava bancária surgem, primeiramente, no campo das relações empresariais privadas operadas entre os agentes econômicos, no momento em que os atores envolvidos (tomadores de crédito *versus* instituições financeiras) realizam esse tipo de contratação. Em Segundo momento, a polêmica advém da interpretação dada pelos tribunais brasileiros. No Superior Tribunal de Justiça, ao qual cabe uniformizar a interpretação do direito federal, pode-se dizer que a análise de casos envolvendo empresas em crise, recuperação judicial e, em particular, a trava bancária é relativamente recente” (CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *A Trava Bancária na Jurisprudência do STJ*. In: ANDRIGHI, Fatima Nany; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014*. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 53-59).

<sup>184</sup> **AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE. EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO NA ORIGEM. CONTROLE PELO STJ. POSSIBILIDADE. AFERIÇÃO DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS. VALORES CONTROVERTIDOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA INVIABILIDADE DO PLANO DE REABILITAÇÃO ECONÔMICA. PROCESSAMENTO DO ESPECIAL APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO.**

1. A competência deste Tribunal Superior para a apreciação de ação cautelar proposta com vistas à concessão de efeito suspensivo a recurso especial instaura-se, via de regra, após o proferimento do juízo de admissibilidade pelo Tribunal a quo, em consonância com o art. 800, parágrafo único, do

ponderou sobre a existência de posições favoráveis ou contrárias à trava bancária. A Terceira Turma do STJ reconheceu tal situação e, naquela ocasião, entendeu-se que a ausência dos valores resultantes dos direitos de crédito, oriundos do contrato de cessão fiduciária de duplicatas e direitos firmados com o banco que requereu a cautelar, não era suficiente para caracterizar o perigo de dano irreversível, nem indicava comprometimento do plano de recuperação das empresas<sup>185</sup>.

A questão foi consolidada nas duas Turmas da Segunda Seção do STJ quando dos julgamentos dos REsp 1.202.918/SP (3ª Turma – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10-04-2013) e REsp. 1.263.500/ES (4ª Turma – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 12-04-2013) no sentido de que a alienação fiduciária de coisa fungível e cessão fiduciária de direitos sobre coisa móvel ou de títulos de crédito não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, pois possuem natureza jurídica de propriedade fiduciária.

No primeiro caso, REsp. 1.202.918/SP, o recorrente sustentou o princípio da preservação da empresa para afastar a trava bancária, consoante relatório do voto que assim foi apresentado:

---

CPC, conjugado com os enunciados sumulares 634 e 635 do STF, aplicados analogicamente. 2. É possível ao STJ exercer o controle da decisão concessiva, na origem, de efeito suspensivo a recurso especial, por meio de agravo de instrumento ou medida cautelar ajuizada diretamente nesta Corte Superior. Precedentes. 3. O efeito suspensivo concedido na origem, em geral, deve ser revogado, a não ser que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* estejam presentes a favor da pretensão recursal da parte contrária. **4. Embora a tese sustentada no recurso especial - na vertente de que os créditos fiduciários (ou trava bancária) devam ser incluídos na recuperação judicial - seja ainda inédita neste Sodalício, possuindo substanciosos posicionamentos favoráveis e contrários tanto na doutrina quanto nos tribunais de segunda instância, não se constata, in casu, o periculum in mora.** 5. Com efeito, a par de o plano de recuperação judicial estar sendo cumprido devidamente sem o montante ora controverso por quase um ano, foram ainda concedidos moratória de 05 (cinco) anos para o pagamento dos créditos quirografários e parcelamentos para pagamento dos demais credores, de sorte que a ausência dos valores resultantes dos direitos de crédito oriundos do contrato de cessão fiduciária de duplicatas e direitos firmado com o banco requerente não se revela apta a gerar perigo de dano irreversível, tampouco indica comprometimento do plano de recuperação das empresas. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na MC 17.722/MT, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 10/03/2011). Grifo nosso.

<sup>185</sup> Cf. Voto proferido pelo relator embora a tese sustentada no recurso especial - na vertente de que os créditos fiduciários (ou trava bancária) devam ser incluídos na recuperação judicial - seja ainda inédita neste Sodalício, possuindo substanciosos posicionamentos favoráveis e contrários tanto na doutrina quanto nos tribunais de segunda instância, não se constata, in casu, o periculum in mora. Com efeito, a par de o plano de recuperação judicial estar sendo cumprido devidamente sem o montante ora controverso por quase um ano, foram ainda concedidos moratória de 05 (cinco) anos para o pagamento dos créditos quirografários e parcelamentos para pagamento dos demais credores (fls. 61/95), de sorte que a ausência dos valores resultantes dos direitos de crédito oriundos do contrato de cessão fiduciária de duplicatas e direitos firmado com o banco requerente não se revela apta a gerar perigo de dano irreversível, tampouco indica comprometimento do plano de recuperação das empresas”.

No especial, além da divergência jurisprudencial, a recorrente alega violação dos arts. 47 e 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Sustenta, em síntese, que manter a decisão afronta o princípio da preservação da empresa e que o banco recorrido não é proprietário fiduciário, logo, o crédito está sujeito à recuperação judicial (Grifo nosso).

Referido recurso foi assim decidido, nos termos da ementa:

*RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. "TRAVA BANCÁRIA".*

*1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.*

*2. Recurso especial não provido (REsp 1202918/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 10/04/2013).*

Do voto do relator, extrai-se que o *princípio da preservação da empresa* não foi utilizado para balizar julgamento favorável ao devedor, mas interpretou-se o dispositivo da lei no sentido de acolher a cessão fiduciária de créditos como contratos de propriedade fiduciária sobre bem móvel e de serem excluídos do plano de recuperação, dando tal contorno de maior extensão ao texto da lei.

Ficou concretizado no voto condutor que a aceitação da trava bancária não afronta o princípio da preservação da empresa, sendo que assim se posicionou o Min. Relator:

Em outra perspectiva, não há falar em ofensa ao princípio da preservação da empresa, pois a análise evolutiva da legislação relacionada aos institutos jurídicos ora em estudo evidencia que o intento da lei ao criar um mecanismo jurídico que permite a obtenção de empréstimos a juros mais baixos, é o de promover um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, especialmente em casos em que a ausência de lastro patrimonial, em regra, impossibilitava essa alternativa.

No caso em debate, restou demonstrado que o princípio da preservação da empresa foi bem manejado e interpretado, pois não foi utilizado para afastar texto de

lei e amparar julgamento contrário. Houve uma interpretação mais elástica para a não aplicação do princípio da preservação da empresa (contrário aos interesses do devedor), para que houvesse uma harmonização da lei com o princípio da preservação dos interesses dos credores.

Ao dar sustentação e reconhecer a validade da trava bancária no caso em análise o STJ assegurou a aplicação da lei e não utilizou do princípio da preservação da empresa para alterar o comando legal e julgar no interesse do empresário em recuperação. Decidiu-se que a lei contempla os contratos de cessão fiduciária de crédito, excluindo tais créditos dos efeitos da recuperação judicial.

Vale lembrar que o objeto do presente estudo não é defender a eficácia ou não da trava bancária em processos de recuperação. Se há uma necessidade de alteração da lei para atender os objetivos da recuperação judicial, tal discussão foge do tema proposto que é pura e simplesmente demonstrar a aplicação em excesso do princípio da preservação da empresa em decisões judiciais, notadamente quando utilizado para se sobrepor à regra que não possui qualquer obscuridade ou margem de diversas interpretações.

No julgamento do REsp. 1.263.500/ES também restou prestigiada a trava bancária, sendo que do voto da Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti se extrai a aplicação mais elástica do texto da lei e a exclusão do crédito da recuperação judicial<sup>186</sup>.

Importante destacar que referidos julgados passaram a ser o fundamento de outros, no sentido de que o princípio da preservação da empresa não seja utilizado de forma excessiva para atender à vontade de uma das partes em detrimento do texto da lei, que também contempla outros interesses envolvidos e também reconhecidos por princípios, como é o caso da preservação dos interesses dos

---

<sup>186</sup>Cf. voto da Relatora: Ressalto, por fim, que, certamente, a disciplina legal do instituto da alienação fiduciária em garantia foi considerada pelo credor quando da contratação do financiamento. As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil.

Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, devem, pois, ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária.

credores.

O julgado recente ocorrido no Tribunal de Justiça do Ceará no AI n. 0625152-37.2015.8.06.0000, no qual figurou como Relator Des. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE comprova a alegação, pois reconheceu a validade da lei em detrimento da aplicação do princípio da preservação da empresa ante a inexistência de qualquer declaração de inconstitucionalidade da trava bancária regulada no art. 49, § 3 da Lei de Recuperação.

Do voto do Relator extrai-se que

O conflito entre o disposto no art. 49, § 3º e o art. 47, o qual regulamenta o princípio da preservação da empresa, é aparente, à medida que na dissonância entre regra e princípio, ambos presentes no mesmo diploma legal, prevalece aquela, a não ser que seja declarada sua inconstitucionalidade nos termos do que prevê a redação da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal.<sup>187</sup>

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça de Goiás, ao decidir o AI n. 403633-74.2013.8.09.0000 <sup>188</sup>.

É nesse sentido que se prestigia, na presente tese, que os julgamentos contribuem e são de extrema importância para o aperfeiçoamento de um sistema jurídico que preza pela segurança jurídica na aplicação dos comandos e garantias estabelecidos na lei.

Entretanto, há opiniões divergentes, no sentido de que os contratos de cessão

<sup>187</sup> TJCE, AI 0625152-37.2015.8.06.0000, Relator (a): FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE, Comarca: Barbalha; Órgão julgador: 7ª Câmara Cível; Data do julgamento: 25/08/2015; Data de registro: 25/08/2015.

<sup>188</sup> AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS DECORRENTES DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM SUA CONSTITUIÇÃO. PRECLUSÃO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. **EXCLUSÃO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA RESGUARDADO.** 1 - Resta preclusa a tese do agravante de que a propriedade fiduciária do banco credor não fora devidamente constituída, haja vista que, no bojo da impugnação ao crédito, a empresa recuperanda, apesar de intimada a manifestar-se, quedou-se inerte, não cabendo mais tal insurgência, nos termos do artigo 473 do CPC. **2 - A exceção prevista no artigo 49, § 3º da LRF não afronta o princípio da preservação da empresa (art. 47), pois ela se justifica ante o fato de que nas modalidades de créditos garantidos por alienação fiduciária, por não sair o bem financiado definitivamente da esfera patrimonial do credor, viabiliza-se ao empresário a cobrança de juros menores, contribuindo com a criação de um ambiente propício ao desenvolvimento econômico e à maior oferta de crédito às sociedades empresariais.** 3 - Não merece censura a decisão monocrática prolatada pelo relator que nega seguimento a recurso interposto, nos termos do artigo 557, caput, do CPC. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 403633-74.2013.8.09.0000, Rel. DR(A). SEBASTIAO LUIZ FLEURY, 4A CAMARA CIVEL, julgado em 22/05/2014, DJe 1563 de 13/06/2014) Grifo nosso.

fiduciária de crédito não estariam contemplados expressamente na lei, sendo que sua exclusão dos planos de recuperação não poderia ocorrer.

O fundamento para interpretação que leva a submissão dos referidos contratos ao processo de recuperação judicial é o princípio da preservação da empresa.

Já analisamos a questão da trava bancária sob o enfoque da utilização do princípio da preservação da empresa com a interpretação mais elástica do texto da lei.

Conforme os argumentos lá apresentados, em que pese a apresentação de teses objetivando a mitigação do rigor da lei e sua análise restritiva para que os contratos com as denominadas “travas bancárias” fossem incluídos no plano de recuperação das empresas, o fundamento apresentado (predominância do princípio da preservação sobre o texto da lei) não foi acolhido.

Ou seja, restaram analisados julgados em que os Tribunais pátrios deram uma interpretação extensiva ao texto da lei e não se utilizaram do princípio da preservação da empresa para superar o comando normativo, prevalecendo o entendimento de que devem ser mantidas as exclusões dos contratos de cessão de crédito fiduciário dos processos de recuperação, concluindo que tais contratos estão incluídos no rol constante do art. 49, § 3º, LFRE.

Agora, serão analisados outros entendimentos consubstanciados em julgados em que se constatam, de forma clara e precisa, opiniões totalmente diversas das anteriores, vale dizer, decisões de Tribunais que se utilizaram do princípio da preservação da empresa para dar outra interpretação ao texto da lei, para mitigar ou até mesmo extirpar a trava bancária que incide em contratos de cessão fiduciária de crédito que, em tese, deveriam ser excluídos dos planos de recuperação.

É o caso a seguir apresentado, que foi apreciado no Tribunal de Justiça de Goiás e que está ementado assim:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO. CESSÃO FIDUCIÁRIA. CRÉDITOS NÃO SUJEITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXCEÇÃO DA REGRA PREVISTA NO § 3º DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005 CONFIGURADA NA ESPÉCIE. ARTIGO 47 DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (ART. 557, CAPUT, CPC). (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 417008-**

11.2014.8.09.0000, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Norival Santomé, j. 14/04/2015)<sup>189</sup>.

A decisão afastou a incidência da regra em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Houve uma interpretação no sentido de que os contratos de cessão fiduciária de crédito deveriam ser incluídos no plano de recuperação, de forma que o artigo 49 (§3)º da LFR teve sua aplicação afetada sob o argumento e fundamento de se preservar a empresa.

Cuida-se de processo em que o banco agravante insurgiu-se contra decisão de primeiro grau que havia determinado a impossibilidade de se reterem os valores de vendas realizadas, por meio de cartão de crédito e débito, pela sociedade em recuperação (cessão de créditos fiduciários).

Asseverou que a propriedade fiduciária é regida por legislação própria, e por isso, o crédito por ela garantido não se sujeita ao procedimento da Recuperação Judicial, razão pela qual pugnou pela exclusão do seu crédito dos efeitos da referida recuperação judicial.

No entanto, entendeu o magistrado de primeiro grau e o Relator do recurso de agravo em decisão monocrática que, mesmo que referidos créditos se enquadrassem nos termos da exceção da lei, devem se submeter aos efeitos da recuperação e não podem ser retidos e repassados ao banco agravante.

Do voto do relator, verifica-se que ele suscita sopesar se prevalece o texto da lei ou o princípio da preservação da empresa. Assim, se manifesta: “Cabe pois, sopesar se deve prevalecer o princípio da preservação da empresa sobre o disposto no artigo 49, §3º da Lei de Recuperação Judicial”.

---

<sup>189</sup> E a referida decisão foi objeto de Agravo Regimental que foi assim ementada: **AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS NÃO SUJEITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXCEÇÃO DA REGRA PREVISTA NO § 3º DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005. CONFIGURADA NA ESPÉCIE. FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA. ARTIGO 47 DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL AUSÊNCIA DE MUDANÇA FÁTICO-JURÍDICA.** 1. Merece desprovimento o agravo regimental que se limita a abordar os mesmos temas outrora analisados em sede de agravo de instrumento, em nada inovando de forma a alterar o convencimento do relator. 2. Resta evidente a impertinência de que se revestem as razões regimentais, uma vez que não possuem força para elidir os fundamentos pelos quais foi negado seguimento ao recurso interposto, mesmo porque não apresentadas razões suficientes para ensejar a reabertura da discussão. 3. A confirmação da decisão monocrática é medida que se impõe, tendo em vista a conclusão de que se deve prevalecer o princípio da preservação da empresa sobre o disposto no artigo 49, §3º, da Lei de Recuperação Judicial, com a flexibilização da norma retromencionada. **AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.** (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 417008-11.2014.8.09.0000, Rel. DR(A). MARCUS DA COSTA FERREIRA, 6A CAMARA CIVEL, julgado em 21/07/2015, DJe 1836 de 29/07/2015) Grifo nosso.

E depois de referida indagação, o eminente relator opta pelo princípio em detrimento do texto da lei. Sua decisão foi nos seguintes termos:

Corroboro com o entendimento lançado na decisão agravada de que se deve flexibilizar a norma retromencionada, sob pena do real comprometimento da recuperação judicial no caso em testilha. Ademais, inexistem dúvidas de que o produto diário das vendas de cartão de crédito e débito, são imprescindíveis à recuperação judicial em tela, uma vez que a utilização de referidos cartões trata-se de uma facilidade exigida pelo consumidor, possibilitadora de crédito fácil, e que podem sustentar a atividade empresarial, para que seja eficaz a recuperação.

Em assim decidindo, houve a não aplicação do texto da lei em homenagem ao princípio da preservação da empresa, contrariando o princípio dos interesses dos credores (também tutelado pelo art. 47 da LFRE), criando um ambiente duvidoso e de insegurança para o credor, que eventualmente realizou a operação de crédito confiando na sua não submissão aos efeitos da recuperação judicial caso ela ocorresse.

Entretanto, nota-se que em relação à cessão fiduciária de créditos, a lei não contempla sua exclusão de forma expressa, apresentando dúvidas e margens a interpretações diversas. É certo que o caminho majoritário adotado pela Jurisprudência é por uma interpretação que equipara o credor de referidos contratos ao titular de propriedade fiduciária de bem móvel.

Em que pese adotar e concordar com tal posicionamento, entendemos que seria justificável e razoável a aplicação do princípio da preservação da empresa para dar outra interpretação ao texto da lei, submetendo os créditos oriundos da cessão fiduciária ao processo de recuperação.

Se não há uma menção expressa na lei para exclusão dos contratos de cessão fiduciária de créditos dos processos de recuperação, a dúvida sobre a sua submissão gera uma área cinzenta na interpretação e aplicação da lei, que precisa ser dirimida. Neste caso, a solução poderia ser principiológica.

Seria perfeitamente justificável e viável uma corrente que caminhasse para uma interpretação de sujeição dos contratos de cessão fiduciária de crédito aos processos de recuperação, amparada pelo princípio da preservação da empresa. Inexistiria qualquer violação expressa de texto claro da lei.

No Tribunal de Justiça de Goiás, a matéria vem recebendo tratamento diverso

daquela orientação do STJ, no sentido de flexibilizar a questão das travas bancárias com o fundamento da preservação da empresa e inserir os referidos créditos nos processos de recuperação judicial<sup>190</sup>.

Também houve casos de se flexibilizar a trava bancária em processo julgado pelo Tribunal de Justiça do Pará, assim resumido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Constatado que a decisão agravada não merece reprimenda. Ressalta-se que a agravada vem passando por um processo de recuperação judicial para viabilizar a superação da crise econômico-financeira em que está passando, e assim continuar mantendo os empregos que dispõe, a manutenção do serviço, que se mostra indispensável para a sociedade e preservação dos interesses dos credores. **O principal objetivo é a preservação da empresa. deve-se observar que a exclusão do crédito da recuperação judicial, importaria em graves prejuízos à recuperação da empresa, pois o montante do crédito é de alto valor.** Some-se a este fato, o de que se trata de uma concessionária de serviço público, que presta serviço indispensável para a população, de modo que temos que observar o princípio da

---

<sup>190</sup> **AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TRAVAS BANCÁRIAS. LIBERAÇÃO. NECESSIDADE DE SE PRESERVAR A EMPRESA RECUPERANDA.** I - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise financeira do devedor, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, além de garantir a satisfação dos credores. II - A medida judicial que determinou a devolução de 40% (quarenta por cento) do numerário retido a título de garantia fiduciária referentes aos créditos advindos de cartões de crédito/débito, resulta em inegável benefício para a preservação da empresa recuperanda e dos credores como um todo, pois permite que a mesma seja provida do capital de giro necessário para o cumprimento de suas metas entabuladas no plano de recuperação judicial. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 102828-63.2014.8.09.0000, Rel. DES. AMELIA MARTINS DE ARAUJO, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 16/09/2014, DJe 1635 de 24/09/2014) **TRAVAS BANCÁRIAS. LEGITIMIDADE DO ADMINISTRADOR JUDICIAL PARA REQUERER SUA LIBERAÇÃO. CREDOR PIGNORATÍCIO. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE SE PRESERVAR A EMPRESA RECUPERANDA.** 1. Segundo dispõe o art. 22, II, a, da Lei n. 11.101/2005, compete ao administrador na recuperação judicial 'fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação'. Tal incumbência somente será possível, se se entender que o poder fiscalizador atribuído pela lei ao administrador judicial engloba também, obviamente, o de requerer providências ao juiz que permita que a recuperação atinja os fins pretendidos pelo legislador. In casu, a medida vindicada pelo administrador judicial (liberação de numerários oriundos de operações com cartões de créditos), resulta em inegável benefício para a preservação da empresa recuperanda e dos credores como um todo, pois permite que a mesma seja provida do capital de giro necessário para o cumprimento de suas metas entabuladas no plano de recuperação judicial. 2. Tendo as garantias dos credores-agravados natureza pignoratícia, seus créditos estão sujeitos à recuperação judicial. 3. Noutra linha de inteligência, deve-se primar pela preservação do capital de giro da sociedade, a fim de que possa ser atingido o escopo previsto na Lei de Recuperação judicial: a superação da crise econômico-financeira da empresa enferma. Recurso conhecido e provido. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 10471-06.2010.8.09.0000, Rel. DR(A). ELIZABETH MARIA DA SILVA, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 20/07/2010, DJe 639 de 12/08/2010).

supremacia do interesse publico sobre o privado. **Assim, entendo que com vistas à preservação da empresa, manutenção do serviço e empregos que esta gera, observando o valor pleiteado, e o fato de que o art. 49, § 3º deve ter um interpretação restritiva,** temos que não merece prosperar a inconformidade recursal, devendo ser mantida a decisão do primeiro grau, em todos os seus termos. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJPA, AI2014.04657530-30, 141.445, Rel. MARNEIDE TRINDADE PEREIRA MERABET, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 21/11/2014, Publicado em 04/12/2014) Grifo nosso.

No caso em análise, o Banco BMG S/A apresentou recurso de agravo de instrumento contra decisão de primeiro grau que havia incluído seus créditos na recuperação judicial. Em seu favor, o referido banco sustentou que por se tratar de cédula de crédito bancária, com garantia fiduciária de recebíveis, sua posição era de credor fiduciário, se enquadrando na exceção do art. 49, § 3º da Lei nº: 11.101/05.

Alegou que a referida decisão de primeiro grau deveria ser reformada, pois seu crédito não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, já que se trata de cédula de crédito bancário, onde a devedora em recuperação firmou com o Banco instrumento de garantia fiduciária de recebíveis. Portanto, a decisão estaria afrontando o disposto no art. 49, § 3º da Lei nº: 11.101/2005 e os termos da jurisprudência pátria.

Em que pese os argumentos apresentados, houve decisão judicial no sentido de buscar superar o texto da lei dando o contorno principiológico do art. 47 da Lei n. 11.101/2005, notadamente o da preservação da empresa.

No caso, entendeu o julgador que o art. 49, § 3º retro mencionado deve ser interpretado de forma restritiva, em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Entendeu o julgador que a interpretação das exclusões deveria ser feita de forma restritiva, sendo que não consta do texto da lei, de forma expressa, a cessão de crédito fiduciário. Tal interpretação deve ser dada considerando o princípio da preservação da empresa.

Do voto, extrai-se a seguinte passagem:

Este artigo, ao tratar da exclusão do crédito da recuperação judicial, elenca uma hipótese que deve ser interpretada restritamente, por ser um exceção legal. Dessa forma, o crédito da agravante deveria estar incurso em tal parágrafo de forma explícita, o que não observa, pois

o rol taxativo não trata da cessão fiduciária de direitos creditórios<sup>191</sup>.

E continua:

Assim, entendo que com vistas à preservação da empresa, manutenção do serviço e empregos que esta gera, observando o valor pleiteado, e o fato de que o art. 49, § 3º deve ter um interpretação restritiva, temos que não merece prosperar a inconformidade recursal, devendo ser mantida a decisão do primeiro grau, em todos os seus termos.

Portanto, além de restringir a aplicação e interpretação da exceção prevista (afirmando não se enquadrar a cessão de créditos fiduciário nas hipóteses elencadas no art. 49, § 3º da LFRE), fundamentou sua tese da prevalência do princípio da preservação da empresa a nortear sua decisão.

O mesmo caminho foi adotado no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que entendeu que a cessão fiduciária de recebíveis não estaria ao abrigo do art. 49, § 3º da LFRE<sup>192</sup>, sendo que a interpretação dada ao dispositivo foi restritiva.

<sup>191</sup> Assim fundamentou a Eminente Relatora: “Ressalta-se que a agravada vem passando por um processo de recuperação judicial para viabilizar a superação da crise econômico-financeira em que está passando, e assim continuar mantendo os empregos que dispõe, a manutenção do serviço, que se mostra indispensável para a sociedade e preservação dos interesses dos credores. O principal objetivo é a preservação da empresa. Dessa forma, todos os atos judiciais tomados no curso de recuperação judicial, devem observar tal exegese”.

<sup>192</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 30.090.000.180 AGRAVANTE: BANCO BRADESCO S/A AGRAVADO: INDUSTRIA DE MÓVEIS MOVELAR LTDA RELATOR: DESEMBARGADOR FABIO CLEM DE OLIVEIRA ACÓRDÃO RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONTRATO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO - ABERTURA DE CRÉDITO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS - MULTA DIÁRIA - RAZOABILIDADE. 1. Via de regra, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, caput, da Lei 11.101/2005). 2. As exceções previstas em lei são a do banco que antecipou ao exportador recursos monetários com base em contrato de câmbio (art. 86, inciso II, da Lei 11.101/2005) e a do proprietário fiduciário, do arrendador mercantil e do proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de domínio, quando do respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, leasing, venda e compra, compromisso de compra e venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005). 3. **A cessão fiduciária que garante o contrato de abertura de crédito firmado entre as partes, prevista no § 3º do artigo 66-B, da Lei 4.728/65, transfere ao credor fiduciário a posse dos títulos, conferindo-lhe o direito de receber dos devedores os créditos cedidos e utilizá-los para garantir o adimplemento da dívida instituída com o cedente, em caso de inadimplência.** 4. **A cessão fiduciária de títulos não se assemelha à exceção prevista na lei de recuperação judicial no tocante ao proprietário fiduciário. Nesta o que se pretende é proteger o credor que aliena fiduciariamente determinado bem móvel ou imóvel para a empresa em recuperação, circunstância oposta ao que ocorre nos casos em que a empresa cede fiduciariamente os títulos ao banco.** 5. O § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/05 refere-se a bens móveis materiais, pois faz alusão expressa à impossibilidade de venda ou retirada dos bens do estabelecimento da empresa no período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º, da referida Lei, circunstância que não se aplica aos títulos de crédito, pois os créditos em geral são bens móveis imateriais. 6. A mera afirmação de que o valor a ser devolvido está equivocado não tem o condão de elidir o parecer técnico elaborado pelo Administrador Judicial. 7. Considerando a natureza da demanda, a necessidade de se imprimir agilidade e efetividade ao plano de recuperação homologado no Juízo de 1º Grau e a capacidade financeira do agravante, tenho que o valor arbitrado a título de

Tanto a interpretação restritiva como o fundamento principiológico, em tese, são justificáveis, pois não se estaria violando o texto claro e sem margem de dúvidas da lei. Pelo contrário, existiria uma solução ao caso concreto que estaria em uma área duvidosa, cinzenta da lei.

É certo que já se consolidou entendimento de que a cessão de créditos fiduciários está contemplada na exceção prevista<sup>193</sup>. No entanto, a tese defendida para incluir os créditos decorrentes de cessão fiduciária é viável, sendo aplicável o princípio da preservação da empresa para superar a dúvida e falta de menção expressa no texto legal.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também flexibilizou a regra das travas bancárias, como se pode verificar do julgamento do AI 10024122735665001, também fundamentado no princípio da preservação da empresa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FALÊNCIA E CONCORDATA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CASSAÇÃO DE DETERMINAÇÃO DE QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SE ABSTENHA DE RETER VALORES DEPOSITADO NA CONTA DA EMPRESA RECUPERANDA - POSSIBILIDADE. O princípio da preservação da empresa, insculpido no art. 47 da Lei Federal 11.101/05, dispõe que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação daquela, sua função social e o estímulo à atividade econômica, **condição que tudo indica que não será alcançada acaso não se inclua os créditos fiduciários não sujeitos à recuperação e que levará a inevitável falência da empresa, de modo que o afastamento da trava bancária se mostraria procedimento de natureza cautelar que preserva as condições preferenciais dos créditos na iminente falência que já é conhecida acaso não se abra mão da garantia ofertada em prol do interesse público de propiciar a recuperação.** Não provido. (TJ-MG - AI: 10024122735665001 MG, RELATOR: JUDIMAR BIBER, DATA DE JULGAMENTO: 13/06/2013, CÂMARAS CÍVEIS / 3ª CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 21/06/2013). Grifo nosso.

---

astreinte, nesse momento, não transpõe os limites da razoabilidade. 8. Recurso conhecido e desprovido. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na conformidade da ata e notas taquigráficas, À UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. Vitória, 11 de maio de 2010. PRESIDENTE RELATOR PROCURADOR DE JUSTIÇA (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 30090000180, Relator: FABIO CLEM DE OLIVEIRA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/05/2010, Data da Publicação no Diário: 23/07/2010). Grifo nosso.

<sup>193</sup> Conforme decisão do STJ, AgRg no REsp. 1326851/MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.11.2013, DJe de 03.12/2013).

No entanto, referidos posicionamentos somente seriam aceitos nos casos em que há uma margem de dúvida na regra (como é o caso da cessão fiduciária de créditos). Nas hipóteses em que a lei é clara e precisa, inexistindo dúvidas sobre a qualidade do credor e seu crédito e sua exclusão da recuperação (como por exemplo, o de arrendamento mercantil ou alienação fiduciária de veículo), o princípio da preservação da empresa não poderia ser utilizado para afastar o comando legal.

A preocupação que se tem quando levantamos a questão no presente trabalho é garantir que os princípios que norteiam a recuperação estejam contemplados nas interpretações de normas procedimentais, mas evitando-se o uso abusivo dos princípios.

Como pondera Sheila Cristina Nader Cerezetti:

A preocupação, portanto, é mais uma vez garantir que o princípio esteja refletido nas regras procedimentais, sob pena de se tratar apenas de uma declaração sem efeitos, capaz de enobrecer discursos mas insuficiente para obtenção de resultados justos<sup>194</sup>.

Assim, mesmo que a exclusão constante do art. 49, § 3º da LFRE não agrade ou atenda os anseios de devedores em recuperação e que, diante do texto da lei, processos de recuperação possam estar sem eficácia necessária, não se pode atropelar o comando legal com o pretexto de se preservar a empresa.

Os créditos contemplados no art. 49, § 3º da Lei que não apresentam qualquer dúvida sobre a sua natureza ou existência, não podem receber outro tratamento que não a exclusão dos processos de recuperação. Se não há dúvidas sobre a interpretação ante a clareza da lei, não pode o princípio da preservação da empresa ser utilizado para violar a regra legal.

É preciso ressaltar que o presente estudo não procura defender a eficácia ou não da *trava bancária* ou a correta exclusão de créditos dos processos de recuperação e sua relação ao sucesso ou viabilidade da recuperação dos empresários em crise. Mas apenas defender a tese que no microssistema da Recuperação Judicial, o princípio da preservação da empresa não pode ser utilizado para negar vigência à regra que seja clara e precisa, sob pena de violar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais. Sem contar o interesse dos

---

<sup>194</sup> CERZETTI, Sheila Cristina Nader. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 240.

credores, também tutelado pelo legislador.

A Lei n. 11.101/2005 completou, recentemente, 10 (dez) anos de vigência e somente agora a doutrina começa a ter condições mais sólidas para uma crítica incisiva e robusta em relação aos seus dispositivos. E este ponto é um que merece atenção para eventual reforma legislativa, sendo que doutrinadores já lançam críticas e apontam a necessidade de se rever a lei com a inclusão dos créditos constantes no §3º do art. 49 na recuperação. Dentre os defensores da mudança encontramos Ivo Waisberg<sup>195</sup>.

As opiniões podem ser as mais variadas, inclusive divergentes, notadamente quando se advoga a favor dos credores ou da sociedade em recuperação.

Mas, enquanto tal reflexão ou estudo não se finaliza, com a eventual alteração do texto da lei, há que se prestigiar a aplicação da lei como está e não se utilizar do princípio da preservação da empresa para superar a regra, em evidente excesso.

Em defesa da tese que se apresenta no presente trabalho, é importante mencionar, em primeiro lugar, o fato de que existem outros interesses envolvidos no caso a ser também tutelado (interesses dos credores). Como é cediço, a Lei 11.101/2005 inovou ao trazer os credores para uma maior participação na superação da crise de sociedade que está em recuperação judicial. No entanto, também lhe garantiu determinados benefícios e garantias, como é o caso do art. 47 e 49, §3º da LFRE.

Se o texto normativo é claro, o Judiciário estaria agindo com excessos e fazendo as vezes do Poder Legislativo se o mitigasse ou não aplicasse, situação vedada e perigosa. O ativismo judicial deve ser visto com cautelas.

Devemos levar em conta, ainda, o fato de que a contratação entre o empresário em recuperação e o banco (credor) teve, com certeza, melhores condições de juros e taxas, considerando a natureza do crédito e da garantia.

Ademais, na grande maioria das vezes em que se alega o princípio da preservação da empresa para superar o texto da regra, não há qualquer comprovação da efetividade da medida, ou seja, será que o devedor em recuperação sairá da crise? A sociedade empresária em crise é viável?

---

<sup>195</sup> WAISBERG, Ivo. O necessário fim dos credores não sujeitos à recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). *10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 199-209.

Será que com a flexibilização das travas bancárias, a efetividade da recuperação será outra? Nenhuma situação concreta foi analisada. Nas decisões que foram utilizadas para o presente estudo não há menção a análises de viabilidade para se saber, com um maior grau de certeza, se a sociedade efetivamente tem condições de se recuperar.

A crítica que também se faz é que o princípio da preservação da empresa fundamenta, muitas vezes, decisões e pontos de vista sem qualquer fundamento técnico, vale dizer, inexistente qualquer laudo de viabilidade (com ou sem a presença dos créditos decorrentes da trava bancária). E os interesses dos credores? Também não precisam ser preservados?

O campo de decisão fica, portanto, mais nas presunções do que na certeza, fato este que deixa um grau de subjetivismo e discricionariedade muito elevado e perigoso quando das decisões Judiciais que envolvem a matéria.

Esta é uma tendência perigosa e, por isso, a limitação que se busca na presente tese no que se refere à aplicação indiscriminada do princípio da preservação da empresa.

Como já dito, não se tem por objetivo no presente trabalho mostrar o posicionamento majoritário dos Tribunais quanto aos temas ou até mesmo a posição dominante no STJ. Mas apenas trazer a discussão sobre decisões que, no nosso entender, poderiam ou não se utilizar do princípio da preservação da empresa para aplicação ou não da norma legal nos casos de recuperação judicial das empresas.

### 3.2. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A INEXIBILIDADE DE CERTIDÕES NEGATIVAS PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO

Outro ponto a ser analisado no presente feito é a inexigibilidade de certidões negativas fiscais para que seja concedida a recuperação judicial.

Há casos em que efetivamente há lacunas na lei, sendo certo que o juiz, ao julgar com equidade, deve realizar a integração da norma jurídica com a utilização dos princípios. Ou até mesmo em determinadas situações, quando se tratar de mera regra procedimental, em que nenhum outro interesse conflitante esteja presente, utilizar-se do princípio ou de outra interpretação para superar a dificuldade do caso concreto.

É o que ocorre, por exemplo, com a interpretação do art. 57<sup>196</sup> da LFR, que exige a apresentação de certidão negativa de débitos tributários para concessão da recuperação. Neste caso, o Judiciário vem deixando de exigir tal certidão, pois faz uma interpretação levando em conta outro dispositivo, ou seja, o art. 68<sup>197</sup> da mesma lei. Assim, enquanto ainda não havia uma lei válida para regular o parcelamento de dívidas fiscais dos empresários em recuperação, a exigência das certidões vinha sendo mitigada pelo Judiciário<sup>198</sup>.

Atualmente, existe a Lei n. 13.043/2014 que tem como um de seus objetivos regular os parcelamentos de créditos tributários de devedores que pleitearem ou que já tenham sido contemplados com o deferimento de recuperação judicial<sup>199</sup>. Referida Lei e sua possível inconstitucionalidade será objeto de comentários específicos mais adiante.

---

<sup>196</sup>Art. 57: “Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional” (BRASIL, 2005).

<sup>197</sup>Art. 68: “As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional” (BRASIL, 2005).

<sup>198</sup>“Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que determina à devedora para apresentar as certidões negativas de débitos tributários, exigidas pelo artigo 57, da Lei nº 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pela devedora. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial, o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei, que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo provido.” 6-PODER JUDICIÁRIO (TJ-SP, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 30/07/2008, Câmara Reservada à Falência e Recuperação).

<sup>199</sup>Art. 43. A Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A: “Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: I - da 1ª à 12ª prestação: 0,666% (seiscentos e sessenta e seis milésimos por cento); II - da 13ª à 24ª prestação: 1% (um por cento); III - da 25ª à 83ª prestação: 1,333% (um inteiro e trezentos e trinta e três milésimos por cento); e IV - 84ª prestação: saldo devedor remanescente. § 1º O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos do empresário ou da sociedade empresária constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, ressalvados exclusivamente os débitos incluídos em parcelamentos regidos por outras leis. § 2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo” (BRASIL, 2002).

Por enquanto, sem adentrar na questão da Lei 13.043/2014, e por amor ao debate acadêmico, o estudo tem foco nas decisões lançadas anteriormente à referida Lei.

Em tal cenário, o princípio da preservação da empresa poderia ser utilizado para justificar a não apresentação da referida certidão. Não há qualquer prejuízo ou interesse contrário a tal conclusão, mesmo porque o crédito tributário está resguardado, considerando sua proteção natural de não fazer parte do plano de recuperação. Em outra vertente, caso a exigência fosse mantida, haveria evidente decretação da falência em detrimento da preservação da empresa.

E não foi outro o entendimento exarado no REsp. 1.187.404/MT, em que figurou como Relator o Min. Luis Felipe Salomão e que restou assim ementada:

DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. **O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "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".** 2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN. 3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação. 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp. 1.187.404/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/06/2013). Grifo nosso.

Do julgado, extrai-se que o princípio da preservação da empresa, norteador da recuperação judicial e positivado no art. 47 da lei de recuperação, foi bem aplicado para corrigir uma distorção em se exigir certidão negativa de débitos fiscais para que a recuperação fosse deferida.

O Min. Relator, em seu voto, ressaltou que a lei de recuperação possui uma densa carga principiológica que deve nortear toda a interpretação, como é o caso da preservação da empresa, manutenção da fonte produtiva e interesses legítimos dos credores, e que a exigência da certidão negativa fiscal inviabiliza os objetivos e a possibilidade de recuperação de qualquer empresa.

Sobre o tema, assim se posicionou o Ministro:

Cumprе sublinhar também que, em se tratando de recuperação judicial, a nova Lei de Falências traz uma norma-programa de densa carga principiológica, constituindo a lente pela qual devem ser interpretados os demais dispositivos. Refiro-me ao art. 47, que serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "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". Com efeito, a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/05, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma. Vale dizer, em outras palavras, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que - além de não fomentar - inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores. Por essa ótica, como já se percebe, a interpretação literal do art. 57 da LRF e do art. 191-A do CTN inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto.

Diante do quanto acima, é importante ponderar que é perfeitamente válida a utilização do princípio da preservação da empresa para superar o obstáculo da exigência de se apresentar certidão de regularidade fiscal para que a recuperação seja deferida.

Note-se que houve uma interpretação sistemática ao dispositivo, avançando-se na questão de que se não há lei que possibilite o exercício do direito do contribuinte, quando em situação financeira ruim, parcelar suas dívidas fiscais e, se

tal situação não pode ser imputada ao empresário em recuperação, a mitigação da exigência legal amparada também no princípio da preservação da empresa é medida que se impõe.

Trata-se de aplicação adequada e sem excessos do princípio da preservação da empresa, pois sequer há conflito com outros dispositivos legais ou contrariedade no texto claro de lei. Ora, se ainda não havia lei específica para os parcelamentos de créditos tributários para devedores em recuperação, a utilização do princípio da preservação da empresa poderia ser utilizado como um dos fundamentos para que as referidas certidões negativas deixassem de ser exigidas.

Ademais, não há qualquer violação de outros direitos em jogo, como com os demais credores e, principalmente, com o fisco, pois este mantém seu crédito incólume e sem qualquer inclusão no plano de recuperação a ser apresentado pelo empresário em crise.

Como já anotado mais acima, é sabido que recentemente a Lei n. 13.043/2014 foi publicada, tendo como uma de suas intenções estabelecer regramento específico de parcelamento para sociedade empresária em recuperação judicial, constante do seu art. 43<sup>200</sup>. Ela acrescentou o art. 10-A à Lei 10.522/2002 para disciplinar o novel parcelamento em favor da sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial.

No entanto, referida legislação não foi bem recebida pela comunidade jurídica, especialmente seu § 2º<sup>201</sup>. Referido dispositivo já foi, inclusive, objeto de declaração de inconstitucionalidade no AgRg no Conflito de Competência 136.130-SP, Segunda Seção do STJ, Rel. Min. Raul Araújo<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Art. 43. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A: “Art. 10-A. O empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial, nos termos dos arts. 51, 52 e 70 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, poderão parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional, em 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, calculadas observando-se os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada (BRASIL, 2005).

<sup>201</sup> § 2º No caso dos débitos que se encontrarem sob discussão administrativa ou judicial, submetidos ou não à causa legal de suspensão de exigibilidade, o sujeito passivo deverá comprovar que desistiu expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciou a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo (BRASIL, 2002).

<sup>202</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EDIÇÃO DA LEI N. 13.043, DE 13.11.2014. PARCELAMENTO DE CRÉDITOS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA MANTIDA. 1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda. 2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição ou de alienação devem-se submeter ao juízo universal. Jurisprudência. 3. A Lei n. 11.101/2005 visa à

Há que se mencionar que o posicionamento do STJ em decisões que tratam do tema e que envolvem o fisco influenciam os demais Tribunais pátrios em casos semelhantes.

Como bem ressalta o professor Manoel Justino Bezerra Filho,

O STJ, felizmente, tem colocado freios à fúria fiscalista, trazendo esperança de que a recuperação efetivamente possa se transformar em método que possibilite a recuperação da sociedade empresária e sua manutenção como elemento produtivo, criador de empregos e de riqueza, na forma do que preconiza o princípio inserto no art. 47 da LREF<sup>203</sup>.

O bom manuseio do princípio da preservação da empresa para afastar a necessidade de certidões negativas das sociedades que pretendem a recuperação em decisões do STJ repercutem nos demais Tribunais pátrios. Como exemplo podemos colacionar o recente julgado abaixo emanado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS FISCAIS OU COMPROVAÇÃO DE PARCELAMENTO. DESNECESSIDADE. I. A recuperação judicial tem o intuito de propiciar ao devedor a superação de dificuldades econômico-financeiras, visando à preservação da empresa e evitando os negativos reflexos sociais e econômicos que o encerramento das atividades empresariais poderia causar. **Princípio da preservação da empresa. Inteligência do art. 47, da Lei nº 11.101/2005. II. Assim, deve ser mitigada a exigência de apresentação de prova de quitação tributária prevista no art. 57, da Lei nº 11.101/2005, e no art. 191-A, do CTN, até porque inexistente lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial.** Ademais, a recuperação judicial não obsta o ajuizamento ou suspende o prosseguimento das execuções fiscais, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005, não havendo qualquer prejuízo ao Fisco com a dispensa da apresentação de certidões negativas de débitos tributários ou a comprovação de

---

preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47. 4. No caso concreto, a edição da Lei n. 13.043/2014 - que acrescentou o art. 10-A à Lei n. 10.522/2002 e disciplinou o parcelamento de débitos de empresas em recuperação judicial - não descaracteriza o conflito de competência. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no CC 136.130/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015).

<sup>203</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A Trava Bancária e Trava Fiscal na recuperação judicial – Tendências.... In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.) 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: *Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 325.

parcelamento dos débitos. Precedentes do STJ e do Grupo Cível. AGRAVO PROVIDO. (TJ-RS - AI: 70064900038 RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Data de Julgamento: 26/08/2015, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2015). Grifo nosso.

Resta claro que no caso acima o princípio da preservação da empresa foi manejado para auxiliar na sustentação o posicionamento do Tribunal em relação ao assunto fiscal em tela.

Nota-se que no presente caso não há que se falar em violação ao texto da lei, mas de pura interpretação com a utilização de princípios que orientam o processo de recuperação judicial das empresas.

O que se tem é uma interpretação que leva em conta a inércia do legislador e do fisco em regulamentar, de forma clara e eficaz, parcelamentos que possam atender as necessidades do empresário em recuperação e manter a empresa em funcionamento, como um corolário do princípio da preservação da empresa. Vale dizer, enquanto não houver lei específica e constitucional (pois a Lei n. 13.043/2014 caminha para ser declarada inconstitucional na parte que trata dos parcelamentos de devedores em recuperação) para o caso em tela, inexistente a possibilidade de se manter a exigência legal de o empresário apresentar certidões negativas na esfera fiscal.

A influência das decisões do STJ em relação à aplicação do princípio da preservação da empresa é ressaltada no seguinte trecho do voto do Relator no processo acima ementado e proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A respeito do tema, o ilustre Ministro Luis Felipe Salomão, na fundamentação do voto proferido no REsp 1.187.404/MT, já se manifestou no sentido de que a recuperação judicial deve observar o princípio da preservação da empresa, consagrado no art. 47, da Lei nº 11.101/2005.

Note-se que a citação é expressa e tal feito no STJ foi o paradigma para a decisão indicada. Tanto é verdade que assim se posiciona o mesmo relator para finalizar seu voto e decidir pela aplicação do princípio da preservação da empresa como fundamento para mitigar a exigência legal de que o devedor que pretenda a recuperação apresente certidões negativas fiscais:

Nestas circunstâncias, em observância ao princípio da preservação da empresa, deve ser mitigada a exigência de apresentação de prova de quitação tributária prevista no art. 57, da Lei n. 11.101/2005, e no art. 191-A, do CTN, até porque inexistente lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. Inclusive, é preciso ressaltar que as empresas em recuperação judicial normalmente possuem débitos tributários, especialmente em razão da elevada carga tributária prevista no Brasil.

Dáí porque se pode concluir que as decisões sobre o tema são viáveis ao se utilizar o princípio da preservação da empresa, pois, no caso, inexistente qualquer violação ao texto da lei, mas apenas uma adequação que deve ser transitória, ou seja, até que se regulamente, com plena eficácia e constitucionalidade, os parcelamentos de dívidas tributárias dos empresários em crise e que buscam a recuperação judicial, permitindo-se, assim, que sua dívida fiscal seja também reorganizada. Apenas após o trâmite mencionado a certidão negativa de tributos deve ser exigida.

Ademais, não há que se falar em qualquer prejuízo aos interesses do credor (fisco) no caso em tela, pois seu crédito não sofre qualquer abalo com a recuperação judicial e sequer a integra. Assim, não há conflitos de normas em se aplicar o princípio da preservação da empresa no caso em discussão<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> A seguir, outros julgados que também manejaram o princípio da preservação da empresa sem excessos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. DÉBITOS FISCAIS. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE DÉBITOS FISCAIS PARA A CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. **O Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vêm decidido de forma diversa, flexibilizando a interpretação das normas antes elencadas (art. 191-A do CTN, e o art. 57 da Lei 11.101/05), a fim de se atender a função social da empresa, sem que seja decretada a quebra desta tão somente em razão da não apresentação das certidões de débito fiscal, com o intuito de beneficiar não só a própria recuperanda, como também os seus credores.** Assim, a apresentação de certidão negativa de débitos fiscais pelo contribuinte não é condição imposta ao deferimento do seu pedido de recuperação judicial. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70063908404, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 28/05/2015). Grifo nosso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIAS E CONCORDATA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROVA DA QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS. DISPENSABILIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA Trata-se de agravo de instrumento tirado em face da decisão singular que concedeu a recuperação judicial das empresas agravadas sem a apresentação de comprovação da regularidade tributária; **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. Inteligência soberana e superior do art.47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei Federal n. 11.101/2005).** Nesse contexto, com os corolários e os princípios que adornam a novel legislação que permite e viabiliza, ao invés do decreto falimentar, a possibilidade

Portanto, diante dos posicionamentos apresentados, têm-se exemplos concretos de decisões dos Tribunais pátrios em que princípio da preservação da empresa foi utilizado sem excessos e em harmonia com os demais princípios e objetivos positivados no art. 47 da Lei de Falências e Recuperação das Empresas.

E, por ser o parcelamento um direito dos contribuintes, enquanto não se implementarem políticas públicas pela União, Estados e Municípios para que os parcelamentos possam ser viabilizados para os devedores empresários em crise e que buscam a recuperação judicial, a exigência da certidão negativa de débitos deve ser mitigada pelos Tribunais<sup>205</sup>.

### 3.3. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A APROVAÇÃO DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO NOS LIMITES DA LEI

Questão amplamente debatida é a aprovação dos planos de recuperação nas assembleias gerais de credores em processos de recuperação judicial.

Na atual sistemática, o plano de recuperação empresarial formulado pelo empresário em recuperação é apresentado ao juiz no prazo assinalado e, não tendo objeção dos credores, é homologado pelo magistrado, nos termos do art. 58 da Lei

---

**da recuperação empresarial, não há espaço para a interpretação literal e restrita dos arts.57 ,in fine da mesma Legislação e art.191-A do CTN que exigem a apresentação de "certidão negativa de débitos tributários ou quitação de todos os tributos" como condição para a concessão da recuperação judicial.** Não há empresa à beira da falência, em dificuldades financeiras, que não apresente débitos fiscais. É possível uma sobrevida empresarial sem o pagamento dos tributos, mas impossível sem os pagamentos dos insumos e fornecedores. Os tributos podem ser alvo de parcelamento, sem prejuízo da concessão darecuperação judicial. Inteligência do art.68 da LRJF. A orientação do egrégio STJ, mais consentânea com a realidade social e sensível à situação empresarial tem emprestado interpretação teleológica e axiológica ao art.57 da LRJF e art.191-A do CTN, para o fim de dispensar, para efeito de concessão de Recuperação Judicial Empresarial, a apresentação de prova de "quitação de todos os tributos" ou, mesmo, certidão positiva com efeito de negativa. Logo, pertinente e possível a homologação do plano de Recuperação Judicial sem a prévia apresentação de certidão negativa tributária ou ausência de certidão positiva com efeito de negativa, a despeito dos arts.57 da LRJF e 191-A do CTN. Decisão concessiva da Recuperação Judicial que se mantém na integra. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (Agravo de Instrumento Nº 70053308920, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 24/10/2013). Grifo nosso.

<sup>205</sup> Sobre o tema, assim se manifesta Luis Felipe Salomão: “Dessa forma, para se atender ao direito ao parcelamento dos contribuintes e em virtude dos princípios constitucionais da preservação da empresa e da capacidade contributive, impõe-se aos legisladores federal, estadual e municipal a obrigação de editar lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário das sociedades em recuperação judicial”. (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 175).

n. 11.101/2005<sup>206</sup>.

No entanto, na hipótese de impugnação por parte de qualquer dos credores, o juiz, nos termos do art. 56 da LFRE<sup>207</sup> deve convocar assembleia geral dos credores para que se manifestem sobre o plano, aprovando-o, sugerindo mudanças ou, no caso mais extremo, rejeitando-o.

Para a aprovação do plano, a regra geral estabelecida no art. 45<sup>208</sup> da LFRE é de que deve existir a aprovação em todas as quatro classes de credores. Ainda, é possível a aprovação pelo sistema de *cram down*<sup>209</sup> se, do resultado da assembleia, comprovar-se que todos os requisitos dos §1º e 2º do art. 58 da LFRE<sup>210</sup> forem cumpridos cumulativamente.

Diante de tal sistemática, invariavelmente há discussões que cercam a aprovação dos planos, seja no seu aspecto formal (quórum, votos em cada classe etc.), seja no seu aspecto material (ou seja, as condições do plano).

Na maior parte, o fundamento apresentado para questionar os assuntos mencionados é a violação ou não aplicação do princípio da preservação da empresa.

Os Tribunais, por outro lado, utilizam-se do referido princípio para manter as decisões guerreadas ou modificá-las.

No caso a seguir, analisaremos um julgado em que se discutia a aprovação

<sup>206</sup> 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” (BRASIL, 2005).

<sup>207</sup> 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” (BRASIL, 2005).

<sup>208</sup> 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” (BRASIL, 2005).

<sup>209</sup> Sobre o termo, Manoel Justino Bezerra Filho assim se manifesta: “*cram down*, termo impostado do direito norte americano e sem a possibilidade de tradução fiel. Com certa jocosidade, poder-se-ia dizer que a tradução livre redundaria em ‘goela abaixo’, ou seja, mesmo com a discordância da AGC, ainda assim, o plano será aprovado e irá ‘goela abaixo’ dos credores” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de empresas e falência: Lei n.º 11.101/2005 comentada artigo por artigo*, 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 181).

<sup>210</sup> Art. 58: “§ 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” (BRASIL, 2005).

de um plano de recuperação pelo sistema de *cram down*, proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no AI: 01618199220138260000 SP, e que foi assim ementado:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE. APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELO SISTEMA DENOMINADO CRAM DOWN. Credora trabalhista. Habilitação retardatária. Intempestividade que não acarreta a perda do direito a voz e voto na AGC. Validade do voto proferido em 2ª AGC. Inteligência do art. 10, § 1º, e 39, da Lei 11.101/05. Concessão da recuperação judicial com fundamento no *cram down*. Admissibilidade. Requisitos do art. 58, § 1º, incs. I a III, da Lei nº 11.101/05 preenchidos. Recurso não provido neste ponto. CONDIÇÕES DE PAGAMENTO. Ausência de tratamento diferenciado entre os credores (*princípio pars conditio creditorum*), nem ilegalidade ou afronta ao nosso sistema de validade dos negócios jurídicos. Efetivação dos princípios da preservação da empresa e de sua função social (artigo 47 da Lei nº 11.101/05). Recurso não provido neste ponto. ALIENAÇÃO OU ONERAÇÃO DE BENS OU DIREITOS. Cláusula genérica que permite a alienação ou oneração de quaisquer bens ou direitos do ativo permanente, submetidas apenas à aprovação dos credores. Violação do art. 66 da Lei nº 11.101/05. Cláusula anulada. Decisão agravada reformada neste ponto. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - AI: 01618199220138260000 SP 0161819-92.2013.8.26.0000, Relator: Tasso Duarte de Melo. Data de Julgamento: 14/04/2014, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 16/04/2014).

No caso em análise, o Banco Safra S/A apresentou o recurso de Agravo de Instrumento. Nele, questionava a aprovação do plano pelo sistema *cram down*, aduzindo irregularidade na participação de uma credora da classe trabalhista (que no seu entender não teria direito a voto) e, mesmo que superada a questão, as condições do plano eram abusivas, pois apenas garantiam os interesses da agravada em recuperação.

Destaca-se que foi negado provimento ao recurso nestes dois pontos, sendo que do voto do relator podemos extrair que, em relação às abusividades supostamente apontadas pelo banco agravante, a decisão pautou-se pelo prestígio

ao princípio da preservação da empresa<sup>211</sup>.

É sobre o prisma do princípio da preservação da empresa que se devem analisar eventuais ilegalidades do plano, levando-se em conta as normas da LFRE e as que orientam a validade dos negócios jurídicos como um todo.

Destacou o Eminent Relator que não houve qualquer comprovação de tratamento diferenciado entre os credores ou qualquer cláusula que fosse ilegal a comprovar a suposta abusividade alegada pelo agravante.

Assim decidindo, ressaltou ainda o princípio da preservação da empresa, entendendo que as condições do plano atendiam aos critérios legais e contribuiriam para que a crise fosse superada.

Tal conclusão pode ser extraída do seguinte trecho do voto do relator:

Portanto, ausente tratamento diferenciado entre os credores quirografários, ilegalidade ou afronta aos princípios cogentes de direito contratual, devem ser mantidas as condições de pagamento, pois convergem para os princípios da preservação da empresa e sua função social. (Grifo nosso).

No caso em análise, o princípio da preservação da empresa foi utilizado sem excessos, ou seja, sem qualquer violação ao texto normativo que regula o caso, auxiliando o julgador a decidir dentro da legalidade e tendo como ponto norteador de interpretação e aplicação da lei o princípio em questão.

Há uma perfeita harmonia entre a decisão e os seus fundamentos, de sorte que os objetivos da lei e sua carga principiológica foram contemplados. E não teria como ser diferente, pois o princípio da preservação da empresa não poderia ser utilizado, no microssistema da Lei n. 11.101/2005, para fundamentar decisão contrária ao texto normativo.

Do estudo realizado, pode-se dizer que é uma tendência os julgamentos que

---

<sup>211</sup> Cf. voto do Relator, Des. Tasso Duarte de Melo, citando Raquel Sztajn: “A Lei nº 11.101/05, ao instituir o novo sistema de recuperação judicial, privilegiou deliberadamente o princípio da preservação da atividade das empresas economicamente viáveis, conforme dispõe o seu artigo 47. A empresa deixa de ser considerada do prisma das relações privadas, individualistas, a resguardar apenas os interesses dos sócios e credores, e passa ser considerada do prisma da sua função social, como geradora de empregos, fonte de renda e consumo e indispensável à manutenção da economia de mercado.” 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”.

envolvem o tema acima, sempre tendo como fundamento a correta homenagem ao princípio da preservação da empresa<sup>212</sup>.

Em outro exemplo, do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão proferida no AI 1543116620118260000 SP, em que figurou como relator o Des. Pereira Calças, o princípio da preservação da empresa foi corretamente manejado, da mesma forma individualizada acima, sem excessos, de forma a fundamentar a supremacia do referido princípio em detrimento do interesse particular de acionistas que questionavam a concessão da recuperação derivada de plano aprovado em assembleia geral. O caso foi assim decidido:

**Agravo. Recuperação judicial. Recurso interposto por acionistas minoritários de companhia que integra o "Grupo Daslu", inconformados com a concessão da recuperação judicial. Alegação de violação ao direito de veto à transferência da "Marca Daslu", direito previsto em acordo de acionistas, violando o art. 53, III, da LRF, artigos 104, 106 e 187 do CC.** Os acionistas, minoritários ou majoritários, não podem impedir a concessão de recuperação judicial derivada da aprovação do plano pela assembleia-geral de credores. As querelas intrassocietárias deverão ser dirimidas no palco judicial adequado e não nos lindes do processo de recuperação judicial. Os interesses dos acionistas não se sobrepõem ao princípio da preservação da empresa e de sua função social, nem aos interesses da comunidade de credores. Ausência de interesse e legitimidade recursal. Recurso não conhecido. (TJ-SP - AI: 1543116620118260000 SP 0154311-66.2011.8.26.0000, Relator: Pereira Calças. Data de Julgamento: 24/01/2012, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Data de Publicação: 24/01/2012). Grifo nosso.

No caso em apreço, havia sido concedida a recuperação judicial do “Grupo Daslu”, sendo que o agravo questionava a transferência da marca “Daslu” para terceiro, apontando ilegalidades que acarretariam a nulidade da assembleia geral

---

<sup>212</sup> Vejamos mais um caso semelhante decidido no TJ/RJ: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de recuperação Judicial. Decisão que homologou plano de recuperação. Manutenção. Decisão recorrida que se pautou na vontade da maioria dos credores presentes à Assembleia Geral, tendo alcançado o quórum necessário para aprovação, na forma do art. 45 da Lei 11.101/05, dispositivo que admite a aprovação do plano de recuperação judicial, mesmo contra a vontade de alguns credores, com o intuito de tutelar os anseios sociais relativos à preservação da empresa. Prevalência do o interesse coletivo sobre o individual. Ausência de tratamento diferenciado a credores da mesma classe, visto que há previsão, no plano de recuperação, de opção para recebimento da dívida por meio da cessão de créditos de precatório. Recurso a que se nega provimento. (TJ-RJ - AI: 00472446620138190000 RJ 0047244-66.2013.8.19.0000, Relator: DES. JOSE ROBERTO PORTUGAL COMPASSO, Data de Julgamento: 26/11/2013, NONA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 30/01/2014 15h27min).

que aprovou o plano. Objetivava o recurso avaliação da marca mencionada e observância dos direitos dos acionistas minoritários.

Na decisão, o Desembargador mencionou que considerando que a própria assembleia geral havia aprovado o plano por ampla maioria, manteria o entendimento da Câmara Reservada que, em diversos julgados, prestigiou a soberania das decisões das assembleias.

Neste ponto, é importante mencionar que a doutrina pátria, em sua grande maioria, como é o caso de Alex Floriano Neto<sup>213</sup>, conclui que o juiz (ou Tribunal) apenas terá a possibilidade de enfrentar o plano em condições teratológicas ou ilegais, sendo que em tais casos seria possível o juiz sobrepor sua decisão aos interesses dos credores que aprovaram o plano.

Em continuidade, referido autor afirmou que os interesses dos acionistas minoritários, mesmo respaldado em pacto parassocial, não poderiam prevalecer sobre os interesses da própria sociedade<sup>214</sup>.

E fundamenta seu ponto de vista no princípio da preservação da empresa, que deve ser aplicado de forma a se sobrepor aos interesses dos acionistas minoritários.

Considerou o eminente Relator que o art. 47 da Lei n. 11.101/2005 é a pedra angular da recuperação judicial e que ele enaltece e alberga o princípio constitucional da função social da empresa. E afirmou, em conclusão, que “por isso, não se admite que interesse de sócios, sejam eles minoritários ou majoritários, obstaculizem a recuperação da companhia”.

Tal entendimento contempla a efetiva e correta aplicação do princípio da preservação da empresa sem qualquer excesso, pois não se violou qualquer comando normativo na aprovação do plano de recuperação pela assembleia geral.

Ora, se houve a aprovação em grande escala do plano pelos credores e não há qualquer ilegalidade no mesmo, sua manutenção contempla e aplica ao caso

---

<sup>213</sup> “Na atual sistemática concursal da LRE, o juiz apenas terá certa discricionariedade, tendo sua atuação independente quando os credores apresentarem Plano de Recuperação teratológico (monstruoso, aberração, etc.), ocasião em que poderá impor sua decisão às partes envolvidas, mesmo que a AGC aprove o Plano” (FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 160).

<sup>214</sup> E assim se manifestou o relator: “O direito dos minoritários, mesmo que resguardado por pacto parassocial, não pode prevalecer sobre os direitos da própria companhia e de seus credores, os quais aprovaram o plano que veio instruído com o Laudo Econômico-Financeiro [...]. Por isso mesmo que as querelas intrassocietárias deverão ser dirimidas no palco judicial adequado e não nos lindes do processo de recuperação judicial que abrange objetivos que pairam acima daqueles titularizados pelos sócios minoritários, majoritários ou controladores”.

concreto o princípio da preservação da empresa.

É evidente que o juiz, no processo de recuperação judicial, atua de forma incisiva<sup>215</sup>, mas deve haver certos limites, notadamente na aplicação dos princípios.

De mais a mais, é vedado ao Judiciário adentrar no mérito do plano de recuperação que foi aprovado em assembleia geral dos credores. E nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Goiás no AI n. 305350-45.2015.8.09.0000<sup>216</sup>.

É bem verdade que o Poder Judiciário pode realizar o controle de legalidade do ato, como podemos destacar as decisões constantes do REsp. 138805-1/GO<sup>217</sup>, REsp. 1314209/SP e REsp. 1359311. Mas, em tais situações, o

---

<sup>215</sup>“Cabe, neste ponto do raciocínio, não perder de vista que a recuperação judicial, como o próprio nome deixa claro, é um processo que se desenvolve perante a *jurisdição estatal*. É, portanto, presidido por um juiz de direito, ao qual compete tomar todas as decisões e prolatar sentença. Os credores, portanto, devem ter suas deliberações assembleares submetidas ao juiz. Ainda quando se trate de decisão homologatória, a deliberação poderá ser homologada ou não” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais 60. São Paulo. Abr. 2013. p. 307).

<sup>216</sup> **AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSOS CONEXOS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DE OPÇÃO DE PAGAMENTO DOS CREDORES. EXTRAPOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUIZ. VEDAÇÃO À MODIFICAÇÃO DO MÉRITO DO PLANO. ASSEMBLEIA SOBERANA. DECISÃO CASSADA. CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA. MATÉRIA PREJUDICADA.** I - No Agravo de Instrumento nº 430680-52.2015.8.09.0000 (201594306800) restou decidido que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Inteligência do artigo 47, da Lei nº 11.101/2005. II - Assim, a aprovação do plano de recuperação pela Assembleia de Credores, mediante quórum qualificado, revela uma expectativa de cumprimento das obrigações pelas recuperandas, daí porque o papel do magistrado é tão somente de homologá-lo e, no mais das vezes, afastar ilegalidades, mas jamais alterar o seu mérito. III - Deve ser cassada a decisão agravada, ante o fato de que o magistrado singular extrapolou a sua competência ao declarar a ineficácia da cláusula do plano de recuperação judicial, por implicar alteração no seu mérito. IV - Em razão do julgamento proferido no Agravo de Instrumento conexo ao presente recurso, restam prejudicadas as matérias relativas ao presente recurso, inclusive a convolação em falência. RECURSO PREJUDICADO. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 305350-45.2015.8.09.0000, Rel. DES. AMELIA MARTINS DE ARAUJO, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 08/03/2016, DJe 1996 de 29/03/2016)

<sup>217</sup> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES. PLANO DE RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL. CONDIÇÕES PRÉVIAS. EXIGÊNCIAS LEGAIS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. APROVAÇÃO DO PLANO. REQUISITOS. REJEIÇÃO DA PROPOSTA. CREDORES DE MESMA CLASSE. TRATAMENTO DIFERENCIADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGOS ANALISADOS: 35, 45 e 58 DA LFRE. 1. Recurso especial, concluso ao Gabinete em 17/7/2013, no qual se discute a possibilidade e os limites do controle jurisdicional sobre os atos praticados pela assembleia-geral de credores no procedimento de recuperação judicial. Ação ajuizada em 27/1/2009. 2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados e quanto aos argumentos deduzidos nas razões recursais obsta o exame da insurgência. 3. A existência de fundamentos não impugnados do acórdão recorrido - quando suficientes para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. 4. **Submete-se a**

que se analisa é apenas a legalidade e não o aspecto econômico-financeiro do plano. Se não há qualquer ilegalidade no ato jurídico realizado (plano de recuperação e aprovação da assembléia geral dos credores), vedada está a ingerência Judicial.

Em que pese as ressalvas acima, o que se pode concluir é que o Poder Judiciário não vem atendendo a pedidos de credores ou devedores que procuram invalidar planos de recuperação apresentados que não tenham qualquer mácula ou violação da lei. Nestes casos, o princípio da preservação da empresa vem sendo utilizado para fundamentar votos e decisões que prestigiam o texto da lei, homologando os planos que tenham atendidos aos requisitos legais. Aqui, o princípio da preservação da empresa tem sua aplicabilidade justificada, em harmonia com os objetivos da lei.

---

**controle jurisdicional a análise do preenchimento das condições prévias à concessão da recuperação judicial e das exigências legais relativas à elaboração e à aprovação do plano. Inteligência do art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005. 5. A proposta de recuperação apresentada pelo devedor - por disposição expressa constante dos arts. 45, § 1º, e 58, caput, da Lei n. 11.101/2005 - deve ser aprovada, na classe dos credores com garantia real, pela maioria simples daqueles que comparecerem à assembleia. Não sendo aprovado o plano na forma estipulada nos precitados artigos, a Lei n. 11.101/2005, em seu art. 58, § 1º, prevê a possibilidade de a recuperação ser concedida mediante a verificação de um quórum alternativo. A viabilização dessa hipótese, todavia, exige que o plano não implique concessão de tratamento diferenciado aos credores - integrantes de uma mesma classe - que tenham rejeitado a proposta (art. 58, § 2º, da LFRE). 6. A alteração das premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não é possível na presente via recursal. Incidência da Súmula 7/STJ. 7. A insurgência é inadmissível quando o acórdão recorrido decide também com base em fundamento constitucional e a parte vencida não interpõe recurso extraordinário. Súmula 126/STJ. 8. Negado provimento ao recurso especial. (STJ, REsp 1388051/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 23/09/2013). Grifo nosso.**

#### **4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NOS TRIBUNAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS EXCESSOS E SUA INAPLICABILIDADE PARA VIOLAR TEXTO EXPRESSO DA LEI EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Consoante já narrado anteriormente, a tese que se desenvolve no presente estudo pretende demonstrar, pela análise de decisões judiciais proferidas em nossos Tribunais, que muitas das resoluções estão eivadas de excessos e inadequada utilização do princípio da preservação da empresa para justificar as soluções postas.

Anota-se, mais uma vez, que o intuito do presente estudo não é lançar críticas, apontar erros, desmerecer ou até mesmo desdenhar das opiniões dos magistrados, desembargadores ou ministros nos fundamentos lançados em suas decisões ou votos em processos de recuperação judicial que são aqui analisados. A intenção é apenas fazer uma verificação analítica e com fins acadêmicos para que o debate possa contribuir com a reflexão e o aperfeiçoamento da utilização do princípio da preservação da empresa em processos de recuperação judicial, de forma harmônica com a legislação vigente e os demais princípios e interesses que norteiam o processo como um todo.

Ademais, procurar-se-á apresentar os efeitos danosos que a utilização em excesso e inadequada do princípio pode acarretar ao mercado, aos investidores e à comunidade como um todo.

No capítulo antecedente, foram analisados casos específicos em que a utilização do princípio da preservação da empresa atendeu às suas finalidades e foi manejado sem excessos, em perfeita harmonia com os demais interesses tutelados pela LFRE, como por exemplo, o interesse dos credores e o texto da lei.

Agora, serão analisados julgados em que o princípio da preservação da empresa foi aplicado com excesso, sendo que sua inaplicabilidade seria medida mais acertada.

Na atual sistemática da Recuperação das Empresas, não raras vezes, nos deparamos com conflitos entre regras estabelecidas na Lei n. 11.101/2005 e os princípios inseridos no art. 47, notadamente a preservação da empresa e interesses dos credores.

Em muitos casos, o conflito ocorre quando o juiz, ao decidir questões concretas dos casos reais, deixa de aplicar uma regra específica que possui sentido

e alcance claros, precisos, justificando sua decisão na aplicação de um princípio. Vale dizer, com o objetivo de moldar a decisão à sua ideia de justiça, opta por não aplicar a regra escrita e decidir de forma contrária sob a luz do princípio da preservação da empresa.

Mas, conforme anotado anteriormente, não se deve buscar a preservação da empresa a qualquer custo. O princípio não é absoluto, sendo que em algumas situações a regra deve ser aplicada.

Há casos em que efetivamente há lacunas na lei, sendo certo que o juiz, ao julgar com equidade, deve realizar a integração da norma jurídica com a utilização dos princípios. Ou até mesmo, em determinadas situações, quando se tratar de mera regra procedimental, em que nenhum outro interesse conflitante esteja presente, utilizar-se do princípio ou de outra interpretação para superar a dificuldade do caso concreto.

Entretanto, o que se defende no presente estudo é que o juiz não possui tamanha discricionariedade para cometer excessos na aplicação do princípio da preservação da empresa e limites devem ser trabalhados.

Referido princípio vem sendo utilizado de forma excessiva pelos magistrados na concretização da recuperação judicial das empresas e, em muitos casos, em evidente contradição ou não aplicação de determinadas regras.

Na atualidade, presenciamos muitas vezes o fenômeno apontado por Fábio Ulhoa Coelho como o “desapego à lei”, ou seja, a lei passa a ser questionada mediante confronto com princípios constitucionais<sup>218</sup>.

Constata-se que é crescente o movimento no Judiciário em que se utiliza a argumentação por princípios como estratégia para o desapego à lei, com o objetivo claro de buscar fundamento para a não aplicação das regras específicas e sem conteúdo principiológico ao caso concreto<sup>219</sup>. Vale dizer que o Magistrado, ao decidir

---

<sup>218</sup>Para Fábio Ulhoa Coelho, em artigo intitulado de Os princípios do Direito Comercial no projeto de Código Comercial, assim se manifesta: “A invocação de direitos fundamentais enunciados positivamente em Constituições tem sido a estratégia argumentativa do desapego à lei, desde o descrédito em que mergulharam os argumentos de inspiração jusnaturalista. Constituições principiológicas, como a brasileira, estimula a exploração desta estratégia. A regra tem a validade questionada, mediante o confronto com princípios constitucionais. O desapego à regra transveste-se de apego ao princípio, substituindo a concepção jusnaturalista, na oposição básica do discurso jurídico” (COELHO, Fábio Ulhoa. Reflexões sobre o projeto de código comercial. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-107).

<sup>219</sup>Importante destacar no presente momento a questão da relevância que o princípio da preservação da empresa vem recebendo pelos Tribunais pátrios. Já se chegou a afirmar que “o princípio da

por qual solução aplicar ao caso concreto, desvia-se da regra, do seu conteúdo e clareza, tendo como fundamento a aplicação de um princípio.

Tal situação torna-se cada vez mais recorrente, pois os princípios possuem redação formulada com termos e expressões de caráter genérico e amplos, dando margem e elementos para uma argumentação contrária ao texto imediato da regra.

Aqueles que defendem o desapego ao texto da lei pregam a prevalência do princípio sobre a regra, ainda que no mesmo grau de hierarquia. E tal situação é de extrema gravidade, pois o magistrado acaba por decidir sem a observância de uma regra específica para o caso sob o fundamento principiológico.

Em muitas decisões, há uma transgressão do conteúdo de uma regra ou princípio consagrado na Lei de Recuperação das Empresas, utilizando-se como fundamento a *preservação da empresa* que muitas vezes não terá a mínima condição econômica ou mercadológica de acontecer.

Isso porque, na hipótese de inexistir qualquer elemento capaz de gerar certo grau de certeza ou de aparente certeza de que a atividade econômica (empresa) possa superar a crise econômica, ou cumprir com o plano de recuperação apresentado e aprovado, privilegiar o princípio da preservação da empresa em detrimento de outra norma nos parece equivocado.

Nada impede que o julgador se socorra de laudos técnicos ou de estudos específicos para saber da real possibilidade de a empresa superar a crise financeira e manter-se no mercado. Tal situação já ocorreu em recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Vejamos:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - FASE DE PROCESSAMENTO - CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA - PEDIDO AFASTADO - VIABILIDADE ECONÔMICA DA SOCIEDADE EMPRESARIAL - ESTUDO TÉCNICO - NOMEAÇÃO DE PERITO.** Correta a decisão que condiciona a análise do pedido de convolação da recuperação judicial em falência, à entrega do laudo pericial acerca da viabilidade econômica da sociedade empresarial, considerando que o plano inicial de recuperação ainda não foi homologado. Rejeitada preliminar suscitada em contraminuta, nega-se provimento ao recurso. (TJ-MG 100240622953810011 MG 1.0024.06.229538-1/001(1), Relator: KILDARE CARVALHO. Data de Julgamento: 11/03/2010, Data de Publicação: 30/03/2010). Grifo nosso.

---

preservação da empresa é o maior princípio da Lei n. 11.101/20015, não de olvidando que os princípios têm peso e densidade, devendo ser mensurados. Violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, mercê do que, havendo conflito entre um princípio e uma regra, o juiz deve dar prevalência ao princípio” (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI 461.740-4/4-00, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 28.2.2007).

O que se objetiva demonstrar é que muitas vezes o julgador se socorre da ponderação, mas deixa de observar uma argumentação convincente ou até mesmo inexistente sobre a efetiva possibilidade de sair o devedor da crise ou sua viabilidade.

Se o princípio da preservação da empresa deve ser aplicado no caso concreto na concepção do juiz, a premissa é que exista uma lacuna ou “área cinzenta” na redação da regra e a efetiva comprovação fática de que a empresa tem condições de superar a crise.

Assim, colidindo princípio da preservação da empresa com interesse de credores, a aplicação daquele em detrimento deste somente pode ocorrer em situação concreta de recuperação da empresa, ou seja, sua viabilidade.

E a ideia de viabilidade deve estar intimamente ligada ao plano de recuperação apresentado. Dessa forma, a como ressalta Adriana Valéria Pugliesi<sup>220</sup>, o conceito de viabilidade que se exige para que a concessão da recuperação judicial seja dada não está ligado à empresa em si, mas ao plano que o devedor apresenta.

Trata-se da confiança que os credores terão de que o plano é factível e que o devedor irá cumpri-lo. Assim, uma vez inexistindo tal confiança, a falência é medida quase certa.

Vale dizer, não são poucas as vezes que mesmo inexistindo qualquer comprovação no processo de que a referida empresa tem plenas condições de superar a crise que enfrenta, o magistrado utiliza-se do princípio da preservação da empresa para transgredir o quanto estabelecido na regra jurídica. Este é um ponto fundamental.

Tal situação faz surgir uma falsa sensação de superficialidade das decisões judiciais e contribui para uma maior falta de previsibilidade.

A tese apresentada no presente capítulo possui pontos de convergência com as ideias de Daniel Moreira do Patrocínio, que assim se posiciona:

Os princípios informadores do processo de recuperação judicial de empresas destinam-se a orientar as decisões que serão tomadas pelo magistrado que presidir o pedido recuperatório, nos quais poderá fundamentar sua decisão, desde que não haja conflito evidente com regras legais expressas. O magistrado não pode pretender fazer justiça social simplesmente afastando as demais

---

<sup>220</sup>PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa* – São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 278.

normas contidas na LREF, pois compete ao Legislativo, através de representantes eleitos pelo povo, a definição de políticas públicas relativas à melhor alocação dos fatores de produção segundo as regras contidas na lei, especialmente, no que se refere aos requisitos para que a recuperação seja concedida<sup>221</sup>.

Ademais, o magistrado não pode se afastar da intenção do legislador quando da elaboração do texto da lei. Se em determinada situação legal houve a intenção do legislador em proteger os interesses dos credores, por exemplo, não cabe ao Poder Judiciário mitigar ou não acolher a proteção conferida.

Como bem ressaltado anteriormente, se o texto da lei não agrada aos demais interesses envolvidos ou ao magistrado (que no caso concreto quer fazer justiça social ou preservar a empresa a qualquer custo), há que se mover a esfera Legislativa para que exista a devida alteração ou adequação da regra.

Nos dizeres de Marco Antonio Lima Barberi: “julgar, então, não se basearia na oportunidade da decisão – o que afastaria a hipótese da possibilidade de uso do poder discricionário por parte do juiz - , mas sim na formulação de juízos de legalidade”.<sup>222</sup>

Passaremos, então, a analisar casos nos quais há possibilidade de se comprovar, ao nosso ver, a utilização equivocada do princípio da preservação da empresa e suas possíveis consequências prejudiciais ao ordenamento jurídico como um todo, os demais interesses envolvidos nas recuperações (como interesse dos credores por exemplo) e o desapego à lei, que gera, inevitavelmente, a insegurança jurídica para o mercado e investidores.

#### 4.1. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E OS CONTRATOS DE CÂMBIO (ACCs)

A lei excluiu do plano de recuperação das empresas os créditos decorrentes dos adiantamentos de contratos de câmbio (ACC). De fato, a Lei n. 11.101/2005 estabelece tal exclusão no § 4º do art. 49 (recuperação judicial) e no § 1º do art. 161 (recuperação extrajudicial).

Tal situação corrobora a intenção de se aumentar a atividade de exportação

---

<sup>221</sup> PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. *Análise econômica da recuperação judicial de empresas: princípios, jogos, falhas e custos*. 1a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 8.

<sup>222</sup> BARBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 148.

brasileira, sendo que o barateamento dos financiamentos aos exportadores contribui para referida elevação.

Assim, se as taxas de juros e encargos forem reduzidos, maior será o interesse do exportador. No dizeres de Fábio Ulhoa Coelho, “quanto maiores forem as garantias de recuperação em dinheiro emprestado aos exportadores pelos bancos menores serão os juros praticados”.<sup>223</sup>

Isso se justifica pelo fato de que quanto menor o risco da instituição financeira no recebimento do seu crédito, menores serão as taxas de juros aplicadas.

No caso das empresas exportadoras, elas recebem do comprador internacional o pagamento em moeda estrangeira, sendo que são obrigadas a fazer a operação por uma instituição financeira que faz toda a intermediação e conversão da moeda estrangeira em Reais, mediante contrato de câmbio.

Partindo-se da premissa de que a venda é feita com certa antecedência e a entrega da mercadoria e o pagamento ocorrem em momento posterior, a demora do procedimento normalmente possibilita que as empresas exportadoras que precisam de financiamentos possam realizar operações financeiras de antecipação de crédito derivadas de contrato de câmbio (ACC). A instituição financeira, então, antecipa o valor do crédito que o exportador receberá, sendo que o banco fica com o valor a ser pago na data combinada com o comprador da mercadoria no exterior (que normalmente é remetido pelo banco correspondente do país do importador e por este contratado e que emite as cartas de crédito).

Considerando que é uma operação de crédito, o banco fica com uma parte da carta de crédito para remunerar a antecipação.

Ocorre que na hipótese de quebra do exportador e não entrega da mercadoria, o comprador estrangeiro não autorizará o pagamento e o banco terá direito de pedir a restituição ao empresário nacional do valor adiantado (são extraconcursais). Assim, quanto maior a garantia de receber o valor adiantado, menor será a taxa de juros que o banco cobrará na operação.

Por tal motivo é que os contratos de adiantamento de câmbio também não se sujeitam ao plano de recuperação das empresas.

No entanto, em alguns casos, houve a tentativa de se incluir os referidos contratos aos efeitos da recuperação judicial, sendo certo que o Judiciário teve que

---

<sup>223</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e recuperação das empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323.

se posicionar sobre o tema.

O fundamento utilizado pelos devedores em recuperação era a necessidade de que o princípio da preservação da empresa fosse utilizado para não aplicação do § 4º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

A questão principiológica foi debatida no REsp 1279525 PA e foi assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADIANTAMENTO A CONTRATO DECÂMBIO - ACC. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ARTS. 47 e 49, § 4º, DA LEI Nº 11.101/05. 1. As execuções de títulos de adiantamento a contrato de câmbio - ACC não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 4º, da Lei nº 11.101/05). Precedentes. 2. **Sem declaração de inconstitucionalidade, as regras da Lei nº 11.101/05 sobre as quais não existem dúvidas quanto às hipóteses de aplicação, não podem ser afastadas a pretexto de se preservar a empresa.** 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1279525 PA 2011/0153398-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/03/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2013). Grifo nosso.

No presente caso, constata-se que o STJ não acolheu a tese apresentada pela sociedade em recuperação de que o princípio da preservação da empresa deveria ser aplicado ao caso, superando o texto legal para que os créditos decorrentes de contratos de adiantamento de câmbio fossem incluídos no plano de recuperação.

O que se discutia era a possibilidade de não se aplicar o § 4º do art. 49 da Lei 11.101/2005, tendo como fundamento o princípio da preservação da empresa, ou seja, se havia uma colisão entre o texto da lei e o princípio da preservação da empresa e se este deveria prevalecer.

No entanto, decidiu a 3ª Turma do STJ que o texto da lei deve prevalecer no caso concreto. De acordo com o voto do relator, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva:

Em primeiro lugar, não se pode esquecer da distinção entre regra e princípio, que se extrai das lições atuais de Teoria Geral de Direito. Em segundo, não se deve descuidar que o juízo de ponderação, ou de sopesamento, só se admite na hipótese de colisão de princípios, não naquela de suposto conflito entre regra e princípio.

E ainda, continua nos seguintes termos:

No acórdão recorrido, entretanto, procedeu-se a juízo de ponderação, como se houvesse, no caso, conflito normativo em que concorreriam um princípio e uma regra, estipulados em ordenamentos distintos. De um lado, estaria o art. 47, que estatui o princípio da preservação da empresa; de outro, a regra do § 4º do art. 49, que estabelece critério acerca de como os titulares de ACCs são considerados quando a empresa em crise está sob tutela judicial. Ora, a ponderação é recurso interpretativo que se molda a resolver conflitos de normas da mesma natureza, o que não se verifica no caso.

Assim, posicionou-se o relator no sentido de negar a existência de conflitos entre a lei e o princípio. De fato, ponderou o eminente Relator que tanto o art. 47 como o art. 49 estão no mesmo texto de lei, sendo que não há hierarquia entre eles<sup>224</sup>.

No voto do Relator, este afirma que:

A regra, especialmente quando clara, direta, a respeito da qual não parem dúvidas sobre o comportamento pretendido, apresenta-se como resultado da ponderação do legislador a respeito dos aspectos relevantes que podem surgir no conflito entre interesses regulados, editada que foi justamente para evitar, no momento da aplicação da norma, o ressurgimento da controvérsia que foi antes dirimida pelo legislador.

Ainda ressaltou que se não há qualquer declaração ou motivos que reconheçam a inconstitucionalidade da regra em questão (Art. 49, § 4º), não há motivos para superá-la, de forma que o princípio da preservação da empresa não poderia ser manejado para afastar a aplicação da regra jurídica.

E este é o posicionamento que se pretende ressaltar na presente tese, ou seja, não se pode permitir que uma regra deixe de ser aplicada sob o fundamento de que o princípio da preservação da empresa deve ser prestigiado.

Se a regra em discussão não atende aos anseios sociais ou às finalidades do instituto da Recuperação Judicial do empresário em crise econômico-financeira,

---

<sup>224</sup> O voto contempla e destaca os ensinamentos de Humberto Ávila sobre o tema: “A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer no caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficaz de trincheira das regras” (In: *Teoria dos Princípios*. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 102-132).

deve-se buscar a alteração do texto legal pelas vias legislativas. Não pode o Judiciário fazer as vezes do legislador para alterar a lei.

Como bem ressaltou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva em seu voto acima individualizado:

Ao negar a aplicação do 4º do art. 49, sob o argumento de preservar o plano de recuperação judicial, construindo exceção no eloquente silêncio do legislador, o julgado cria condições nas quais é possível ao Poder Judiciário verdadeiramente legislar, praticando a jurisdição na forma tipicamente vedada pela Súmula Vinculante nº 10/STF "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte

O princípio da preservação da empresa não pode ser aplicado a qualquer custo. Há de se verificar que se a sociedade não tem condições de se recuperar com a observância do texto da lei, deve ser decretada sua falência<sup>225</sup>.

A superação do texto legal acarreta insegurança jurídica e desequilibra o mercado, que pautou sua atividade em regra que lhe garantia a não sujeição dos ACCs ao processo de recuperação.

Se de um lado tem-se que a solução pelo afastamento dos contratos de ACCs pelo princípio da preservação da empresa possa estar em harmonia por si só, do outro, deve-se analisar a questão econômica e contratual, de forma que o desprestígio ao texto da lei acarreta uma instabilidade jurídica de grande monta e

---

<sup>225</sup> Ao desenvolver o voto, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva destaca pontos a contra-atacar eventuais perplexidades dos argumentos apresentados, notadamente a não aplicação do princípio da preservação da empresa no caso concreto. Segundo ele, "com relação à eventual perplexidade que pode advir das conclusões ora trazidas a lume, como já apontado no Conflito de Competência nº 1.070.060/SP (DJ-e 5/12/2011), é importante destacar que [...] o princípio da preservação da empresa não pode ser entendido como absoluto, revelando-se também incoerente com a função social da propriedade consagrada pela Constituição a chancela do Poder Judiciário a práticas que representem estímulo à ineficiência empresarial, à insolvência, à inadimplência fiscal e trabalhista (deveres fundamentais no Estado Contemporâneo) e à concorrência desleal, pois o custo da manutenção da empresa não pode ser imposto a toda sociedade, a qualquer preço. Nesse espectro, o valor que o Poder Judiciário pode afiançar deve equivaler àquele que se apresentar compatível com os ditames do regime normativo vigente, fruto, aliás, de rico processo legislativo e testado também sob o aspecto da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal na ADin nº 3.934/DF, em cujo voto condutor (Min. Ricardo Lewandowski, p. 7) ponderou-se: 'No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igualmente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o que se defrontou". Grifo nosso.

que pode afetar toda a relação de crédito em tal modalidade (vale lembrar que são contratos largamente utilizados por exportadores), principalmente em relação aos custos e aos juros aplicados em tais contratos<sup>226</sup>.

Diante do julgado analisado e dos argumentos apresentados, pode-se concluir que, no presente caso, o princípio da preservação da empresa foi analisado e bem interpretado e (in)aplicado de forma coerente e viável.

E tal prestígio à lei é reforçado por vários julgados dos mais diversos Tribunais<sup>227</sup> pátrios, demonstrando que quando o texto da lei é claro e não deixa margens de dúvidas, ele deve ser aplicado, sem que isso seja considerado como violação do princípio da preservação da empresa.

Em que pese o quanto acima, há posições contrárias, em que o princípio da preservação da empresa foi utilizado para submeter os contratos de adiantamento de câmbio aos processos de recuperação judicial. Trata-se de evidente situação em que o princípio da preservação da empresa não pode ser aplicado.

E tais decisões contribuem para proporcionar um ambiente de insegurança jurídica que se torna extremamente prejudicial ao mercado e aos investidores.

Há que se ressaltar que nos contratos de adiantamento de contrato de câmbio para a exportação a exclusão dos créditos decorrentes das recuperações judiciais é

---

<sup>226</sup> A conclusão é extraída do próprio voto do relator no processo em discussão e que assim se manifesta: "Se de um lado a solução dada ao caso origem se apresenta harmônica em si, sob a perspectiva econômica e da estabilidade contratual, o desprestígio da solução legal para privilegiar os postulados defendidos no julgado mostra-se indesejável porque compromete a fluidez dos investimentos lastreados na modalidade do crédito em questão (largamente utilizado pelos exportadores), encarecendo o custo da captação de recursos e dificultando a geração de renda, emprego, inovação e a arrecadação de tributos. Tal entendimento, a bem da previsibilidade do direito e da segurança jurídica, aliás, vem sendo prestigiado nesta Corte, que tem sustentado que 'o adiantamento de câmbio não integra o patrimônio da sociedade falida ou em recuperação judicial'" (AG nº 1.246.766/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho, Quarta Turma, DJ-e 3/11/2010, e CC nº 108.536/SP, Rel. Desembargador Convocado Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJ-e 26/11/2009), não havendo motivos para rever a jurisprudência pacífica.

<sup>227</sup> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONVOLADA EM FALÊNCIA. ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO. NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DO PLANO. O crédito decorrente de contrato de adiantamento de câmbio não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, conforme previsão expressa dos artigos 49, § 4º e artigo 86, II, da lei nº 11.101/05. Precedentes jurisprudenciais. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. (TJ-RS - ED: 70064364110 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Data de Julgamento: 24/02/2016, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/03/2016).

Recuperação. Adiantamento de contrato de câmbio. Inadmissibilidade de, contra a vontade do credor, submeter o valor adiantado aos efeitos da recuperação. Posição definida do STJ e do TJ-SP sobre a inclusão dos acréscimos da operação no rol dos quirográfiros. Interpretação dos artigos 49, § 4º e 86, II, da Lei 11.101/05 e 75 da Lei de Mercado de Capitais. Provimento. (TJ-SP - AI: 21362545820148260000 SP 2136254-58.2014.8.26.0000, Relator: Enio Zuliani. Data de Julgamento: 11/03/2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 17/03/2015).

mais do que necessária e evidente.

Se houve um adiantamento de valores à sociedade em recuperação e, por algum problema, a mercadoria não foi entregue ao comprador estrangeiro, o pagamento não será por este autorizado. Assim, não nos parece razoável que referido valor adiantado fique em poder da sociedade em recuperação, sob argumento de se preservar a empresa.

A lei é de clareza solar ao excluir tais créditos, sendo que tanto na falência como na recuperação, devem voltar para o credor que lhe adiantou.

Mas, é possível encontrar decisões que caminham em sentido contrário com evidente utilização em indevida e em excesso do princípio da preservação da empresa. Ora, como já mencionado no presente trabalho, o Judiciário vem exercendo a tarefa do legislador, mediante julgamentos que negam vigência à regra sem que esta possua qualquer vício ou inconstitucionalidade.

O Tribunal de Justiça do Pará entendeu pela não aplicação do art. 49, § 4º da Lei n. 11.101/2005, no (AI2011.02975299-57), sob o fundamento de que há um conflito de tal dispositivo com o art. 47 da mesma Lei e que, diante do conflito, deve ser dada prevalência ao princípio da preservação da empresa. O caso foi assim ementado:

**DIREITO EMPRESARIAL. CRISE FINANCEIRA MUNDIAL. EXPORTAÇÃO DE MINÉRIO DE FERRO. SIDERÚRGICA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. NATUREZA EXTRA-CONCURSAL DOS CONTRATOS DE ADIANTAMENTO DE CÂMBIO. EXECUÇÃO DOS CRÉDITOS (ART. 49,§4º DA LEI 11.101/05) EM COLISÃO COM O PRINCÍPIO GERAL DA NORMA (ART. 47 DA LEI 11.101/05). HAVENDO CONFLITO ENTRE FUNDAMENTOS DA MESMA NORMA (ART. 47 E ART. 49,§4º DA LEI 11.101/05) CUMPRE AO JUÍZO CONTEMPLAR QUAL DISPOSITIVO DEVERÁ CEDER LUGAR AO OUTRO COM VISTA A APLICABILIDADE MAIS HARMÔNICA E AO RESULTADO JURIDICAMENTE MAIS ADEQUADO. SUJEIÇÃO DOS ACCS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM OS OBJETIVOS DA REPÚBLICA, E COM OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS (ART.3º E 170 DA CF/88) RECURSO CONHECIDO E PROVIDO MAIORIA DE VOTOS. 1. A pedra angular da Lei de Recuperação de Empresas (nº 11.101/2005) é o princípio da preservação da empresa, que compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas sempre que possível; 2. O art. 47 da LRE não é apenas uma norma programática, e sim principiológica, alinhando-se perfeitamente a pelo menos dois dos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da CR garantir o desenvolvimento nacional (II) e reduzir as**

desigualdades sociais e regionais; 3. Constatada a impossibilidade fática de coexistência harmônica entre os preceitos dos arts. 47 e 49, §4º da Lei de Recuperação de Empresas, deve, o aplicador do direito optar por aquele que melhor se alinha aos objetivos da República e aos princípios constitucionais da ordem econômica; (TJPA, AI2011.02975299-57, 96.498, Rel. Des. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO, Órgão Julgador 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 07/04/2011, Publicado em 15/04/2011).

No caso em análise, a Relatora do partiu do pressuposto de que existe um conflito entre o arts. 47 e 49, §4º da Lei de Recuperação de Empresas e que representam valores opostos. Do voto, extrai-se o seguinte trecho: “não me parece constitucionalmente adequado, aplicar o art. 49 em detrimento ao art. 47 da Lei nº 11.101/05, considerando que os dois dispositivos se apresentam aqui diametralmente opostos”.

Em que pese o ponto de vista apresentado no voto, não nos parece a melhor interpretação. Não existe o mencionado conflito. A manter e sustentar tal “suposto conflito”, todas as exclusões de créditos ou qualquer dos benefícios da lei instituídos em favor dos credores deveriam ser interpretados da mesma forma.

Ademais, como ressalta Humberto Ávila, “além de afastar a controvérsia e incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais”<sup>228</sup>.

Não há dúvidas de que a lei também protegeu e garantiu os interesses dos credores. A exclusão de alguns créditos dos processos de recuperação é prova inequívoca. Tal proteção teve, como um de seus objetivos, facilitar e baratear o crédito para o empresário que dele necessita.

A seguir o posicionamento do voto acima questionado, todo o fundamento da lei que também teve por objetivo inserir os credores de forma mais incisiva nos processos de recuperação e falência, notadamente com apresentação de garantias específicas para que os riscos das operações de crédito fossem reduzidos, seria negado.

De mais a mais, por que não realizar a interpretação de outro ponto de vista? Isto é, poder-se-ia dizer que os arts. 47 e 49, §4º da Lei não possuem qualquer

---

<sup>228</sup> ÁVILA. Op. cit. 2013, p. 121.

conflito, pois se constata a efetiva proteção do princípio da preservação dos interesses dos credores.

Verifica-se que o Judiciário, no caso em análise, não deve atuar como árbitro dos diversos interesses em jogo, pois tal modelo é incompatível com a atual sistemática, como ressalta Eduardo Secchi Munhoz<sup>229</sup>.

Assim, se o texto da lei é claro, inexistindo qualquer margem “cinzenta” que favoreça a interpretação; se não há qualquer dúvida sobre sua validade; e se não existe qualquer inconstitucionalidade no dispositivo, não há motivos para deixar de aplicar ao caso concreto.

No entanto, não foi esse o entendimento. O voto vencedor (por maioria) foi assim embasado pela eminente Relatora:

Por isso, entendo que, em atenção aos objetivos da República e aos princípios da ordem econômica, deve o aplicador da norma mitigar o princípio da autonomia privada, afastando o risco de quebra, caso os créditos oriundos de ACCs venham ser executados fora do plano de recuperação da empresa, e conseqüentemente, privilegia-se a manutenção da fonte geradora de empregos, e todos os desdobramentos virtuosos próprios da industrialização do país, em especial do Estado do Pará. Caso contrário, se entendêssemos pela aplicação fria da norma (art. 49 da lei 11.101/05), estaríamos privilegiando apenas o capital financeiro, e, mais uma vez, ratificando uma antiga vocação ao subdesenvolvimento Amazônico.

Na argumentação apresentada no voto condutor houve uma clara preterição do texto legal em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Nota-se que sob a pretensa prevalência do princípio nega-se vigência à regra positivada. No entanto, o crédito de adiantamento de contrato de câmbio possui destinação específica e não pode ficar sujeito ao plano de recuperação, devendo ser pago assim que recursos existirem.

Como bem ressalta Rachel Sztajn:

*Esse mútuo tem base no contrato de exportação e deve ser liquidado tão logo os recursos em moeda estrangeira sejam transferidos do importador ou instituição financeira por ele indicada, para o*

---

<sup>229</sup> “No modelo ora implantado, o juiz não exerce papel de árbitro dos diversos interesses em jogo, capaz de decidir de acordo com o melhor interesse da sociedade, premissa adotada no modelo francês, mas confia-se na negociação direta entre os diversos titulares de interesses, observados os parâmetros definidos na lei, como modelo ideal para se encontrar a solução mais eficiente e benéfica para a sociedade” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006, p. 279-280).

*exportador brasileiro. Excluí-los do Plano de Recuperação Judicial constitui reconhecimento de que se trata de crédito com destinação específica*<sup>230</sup>.

Diante dos argumentos apresentados, houve efetiva utilização indevida e em excesso do princípio da preservação da empresa no caso analisado, sendo que deveria ter sido prestigiada e aplicada a exclusão constante da lei.

Há que se dizer, ainda, que o posicionamento acima não é isolado, pois o mesmo Tribunal de Justiça já proferiu decisão em outros casos semelhantes<sup>231</sup> que também deixaram de aplicar a regra legal da exclusão dos contratos de ACCs das recuperações judiciais em homenagem ao princípio da preservação da empresa, em evidente excesso e discricionariedade de conduta do Julgador.

Mais uma vez ressaltamos que não se está aqui a discutir e defender a efetividade ou não da exclusão dos referidos contratos de ACCs dos planos de recuperação.

Há doutrinadores que criticam o modelo adotado, afirmando, inclusive, que o objetivo do legislador em diminuir o *spread* bancário não foi atingido, sendo uma premissa falsa, como é o caso de Ricardo Negrão<sup>232</sup>. Manoel Justino Bezerra Filho também critica a não inclusão dos contratos de ACCs nas recuperações judiciais.

Deixa-se claro que a análise feita no presente estudo é a aplicação indevida do princípio da preservação da empresa em detrimento da lei. E não defender os benefícios ou não do dispositivo na efetiva recuperação das empresas. Passados dez anos de vigência da lei, mostra-se salutar uma revisão do texto normativo para ratificar ou não as atuais disposições ou efetuar mudanças.

A reflexão que se busca é no sentido de coibir a transgressão de uma regra

---

<sup>230</sup> SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 52. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 230.

<sup>231</sup> DIREITO EMPRESARIAL RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA - AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO RECONSIDERAÇÃO DE DECISÃO RISCO DE DANO IRREPARÁVEL DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DE PROCESSO EXECUTIVO DE CONTRATO DE ADIANTAMENTO CÂMBIO FUNDADO NO PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DA LRF RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS. (TJPA, Agravo Interno em Agravo de Instrumento n. 2010.02595898-14, 87.177, Rel. LUZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 29/04/2010, Publicado em 05/05/2010).

<sup>232</sup> “No sistema anterior os bancos não corriam o risco de, na concordata ou na falência, perderem a propriedade de seus bens arrendados, alienados ou sujeitos à reserva de domínio. Por esta razão a premissa em se entender que a redação dada ao art. 49, §§ 3º e 4º, altera o cenário e, com isso, contribui para a redução do *spread* bancário é falsa. A leitura é outra: os custos aumentariam se os titulares desses direitos viessem a ser submetidos ao plano de recuperação” (NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 178).

que não foi reconhecida como inconstitucional ou inválida sob o pretexto principiológico.

Uma decisão com violação do texto da lei pode ser objeto de reforma junto ao Superior Tribunal de Justiça. No entanto, diante da demora que pode levar o novo julgamento, os prejuízos decorrentes de uma decisão equivocada são evidentes, seja na esfera patrimonial ou na previsibilidade das decisões e segurança jurídica.

Como já mencionado, se a lei não atende aos objetivos idealizados (notadamente na preservação da empresa e na efetiva recuperação da atividade econômica desenvolvida por um empresário em crise), uma reforma legislativa deve ser pensada.

#### 4.2. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O MÉRITO DA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

As aprovações dos planos de recuperação pelas assembleias gerais dos credores (AGC) também são constantemente questionadas no Judiciário. Vários são os argumentos e fundamentos utilizados, sendo que grande parte da doutrina e jurisprudência acolhem o resultado das deliberações e afirmam pela impossibilidade de se adentrar no mérito da aprovação.

Questão controversa que vem sendo debatida é o abuso de direito de voto de credor em uma classe e que possa inviabilizar a aprovação do plano na assembleia ou, até mesmo, pelo sistema *cram down* permitido pela lei.

Há ainda a situação em que apenas um credor faça parte de uma das quatro classes e, quando da deliberação, vote contra o plano e inviabilize a aprovação do juiz pelo sistema *cram down* a partir do não cumprimento dos requisitos e votos mínimos do art. 45 e 58 da LFRE.

Neste último caso, utilizando-se da terminologia empregada por Gabriel Saad Kik Buschenelli, podemos denominar como comportamento *obstrutivo do credor*<sup>233</sup>.

Há que se ressaltar que a lei não apresenta qualquer regulamentação que impeça o credor único de uma classe a votar contra o plano de recuperação apresentado na assembleia geral dos credores (ACG) e, diante de tal fato,

---

<sup>233</sup> BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso de Direito de Voto na Assembleia Geral dos Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 159.

inviabilizar a aprovação pelo juiz utilizando-se da regra de exceção e, por conseguinte, decretar a falência.

O tema, evidentemente, já foi apresentado aos Tribunais que, ante a falta de regulamentação/proibição legal para coibir tal conduta do credor, manejou argumentos para desconsiderar o(s) voto(s) e aprovar o plano. Não restam dúvidas de que o fundamento dos Tribunais foi o princípio da preservação da empresa e o abuso de direito de voto.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já enfrentou o tema. No caso, um único credor de uma classe rejeitou o plano apresentado e, mesmo diante de tal fato, houve a homologação pelo juiz monocrático, superando os requisitos legais para que o *cram down* fosse utilizado. Trata-se do AI: 20173793220148260000 SP, em que o relator foi o Des. Enio Zuliani e que está assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de desconstituição do plano de recuperação homologado. Plano de recuperação homologado, a despeito de possuir ilegalidades. Homologação com base na teoria do Direito Anglo Saxônico denominada *cram down*. Adequação ao caso. Impossibilidade de cumprimento do requisito do art. 58, § 1º, III, da LRE, já que a classe que rejeitou o plano é composta de um único credor. Deságio está de acordo com a realidade econômica atual da empresa em recuperação. Créditos quirografários que serão pagos de acordo com o que foi decidido em AGC, já que o pagamento dar-se-á em tempo exíguo. O mesmo também será feito relativamente aos créditos reais, na medida em que o plano foi efetivamente aprovado pelo Cram Down e as matérias referentes aos juros e correção monetária materializam direito disponível, tal qual o prazo de carência. Inexigibilidade de apresentação das certidões negativas de débitos tributários, nos termos dos julgados das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial não provimento. (TJ-SP - AI: 20173793220148260000 SP 2017379-32.2014.8.26.0000, Relator: Enio Zuliani. Data de Julgamento: 11/09/2014, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 18/09/2014).

Analisando o caso, verifica-se que o único credor pertencente à classe II (Banco do Brasil S/A), votou contra o plano apresentado e objetivava, com o recurso de Agravo, a reforma da decisão monocrática de primeiro grau que homologou o plano mesmo com seu voto contrário. Objetivava que a falência fosse decretada.

No entanto, em que pese justificar o recurso com a alegação de não cumprimento do requisito previsto no art. 58, § 1º, III, da LFRE, houve por bem manter-se a decisão que flexibilizou a necessidade de se cumprir a exigência legal

para que o plano rejeitado, não aprovado em assembleia, fosse homologado.

O fundamento do relator foi a interpretação da lei com base no princípio da preservação da empresa, sendo que assim se manifestou:

Cumpra ao juiz da recuperação promover a fiscalização do feito, bem como analisar de forma integrada o plano recuperacional aprovado, em busca da preservação da empresa, com a conservação da fonte produtora e estimulação da atividade econômica.

E continua:

Não se nega que, com a não aprovação do plano pelo agravante, único credor da classe II, tecnicamente ficaria afastada a ocorrência cumulativa dos requisitos acima elencados, o que justificaria, em tese, e aplicando-se a lei sem observância dos seus fins sociais, a decretação da falência da recuperanda. Entretanto, e corroborando o princípio da preservação da empresa, esta Câmara Reservada tem manifestado reiterado entendimento que se coaduna com a decisão recorrida. Grifo nosso.

Em assim decidindo, o Tribunal rejeitou os argumentos apresentados pelo Banco para não aprovar o plano e manteve a decisão de primeiro grau que flexibilizou a exigência legal do art. 58, § 1º, III, da LFRE, superando a não aprovação da assembleia de credores, de forma a homologar o plano. A seguir a lei, deveria ter sido decretada a falência. E sequer houve qualquer menção de ilegalidade na conduta do voto do credor, sendo que o princípio foi utilizado de forma excessiva.

Cumpra anotar que o sistema brasileiro é extremamente legalista<sup>234</sup> e impõe a verificação de condições mínimas para que a vontade e resultado negativo de aprovação do plano de recuperação da Assembleia Geral dos Credores sejam superados pelo juiz.

É preciso anotar que a lei não confere ao juiz qualquer margem de discricionariedade para que um plano de recuperação seja imposto aos credores.

---

<sup>234</sup> Para Alberto Camina Moreira: "essa expressão - cram down - significa a possibilidade de o juiz impor aos credores discordantes o plano apresentado pelo devedor e já aceito por uma maioria", e continua afirmando que "o cram down brasileiro é legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para a imposição de plano que possa recuperar a empresa a despeito da discordância dos credores", vale dizer, "a lei brasileira não confere ao juiz nenhuma margem de discricionariedade para a imposição de um plano aos credores discordantes", sendo suficiente a "verificação aritmética do resultado da assembléia" (MOREIRA, Alberto Camina. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 257-259).

Há que se anotar ainda que se a lei tivesse conferido ao juiz um papel mais efetivo, mais amplo, poderia ele concretizar os princípios do art. 47 da LFRE, avaliando cada caso em concreto para dizer se homologa o plano ou não, decretando-se a falência do devedor.

Mas, o legislador buscou o contrário. É sabido que o juiz brasileiro se sensibiliza com a crise da empresa e busca soluções para contribuir de uma forma mais justa. No entanto, também não podemos deixar de consignar que a lei foi construída de forma econômica, ou seja, extremamente parcimoniosa em relação aos poderes e atribuições do juiz nos processos de recuperação das empresas.

É importante destacar que a lei foi construída e pensada com tal formato, sendo que os juízes acabam por superar tal ideologia do legislador e acabam ultrapassando as próprias amarras que a lei lhes impõe. Nesse sentido, se utilizam do princípio da preservação da empresa para tal desiderato.

Como amplamente já narrado no presente estudo, se o espírito da lei não atende aos anseios da comunidade jurídica, ou devedores ou credores, deve ser objeto de reflexão e alteração. O que não se pode aceitar, sob o paliativo de preservar a empresa, é negar a aplicação da regra estampada na lei que, a toda clareza e evidência, não deixa dúvidas quanto a sua validade e vigência.

Por isso que se levanta a tese no presente estudo de que excessos vêm sendo cometidos pela utilização desenfreada do princípio da preservação da empresa.

Como ressalta Gabriel Saad Kik Buschinelli, “não há na lei um mecanismo análogo ao mecanismo de *cram down* norte-americano que permita ao magistrado anular o voto proferido, mesmo que o objetivo seja emulativo”<sup>235</sup>.

Portanto, está o juiz, nos casos sob estudo, utilizando do princípio da preservação da empresa com excessos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também enfrentou situação semelhante à do credor único ao julgar o AI: 01555235420138260000 SP, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, em que foi relator o Des. Teixeira Leite e que foi assim ementado:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Plano rejeitado em assembleia.

---

<sup>235</sup> BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do direito de voto na assembleia geral dos credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 159.

Aprovação pelos trabalhistas, mas rejeição pelos quirografários. Art. 45 LRF. Decisão, contudo, que homologou o plano. Art. 58 § 1º LRF. "Cram down". Relativização dos requisitos. Prevalência do princípio da conservação da empresa. Art. 47 LRF. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AI: 0155523-54.2013.8.26.0000, Relator: Teixeira Leite. Data de Julgamento: 06/02/2014, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 13/02/2014).

No caso apresentado, 03 credores da classe dos quirografários não aceitaram o plano apresentado e votaram contra, fato este que inviabilizou a aprovação pela AGC. Os referidos credores detinham 39,11% do total dos créditos quirografários, e 61,02% daqueles que participaram da Assembleia. Mesmo não sendo aprovado o plano na classe, o MM. juiz de primeiro grau homologou o plano mitigando as exigências, art. 58 § 1º da LFRE.

O fundamento principal foi o princípio da preservação da empresa. Do voto do relator, extrai-se o seguinte argumento:

É o interesse coletivo que deve prevalecer com a preservação da empresa (atividade) e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana envolvida no ciclo dessa atividade econômica. Em não ocorrendo a aprovação da proposta de recuperação, o 'cram down' é a única hipótese do juiz não decretar a falência. Por conseguinte, na espécie, cabe ao Juízo, no uso da discricionariedade que lhe é dada para decidir, ponderar pela preservação da empresa, mesmo no caso de não ter sido aprovado o plano por todos os credores, em especial, pelos quirografários, ou pela decretação da falência, verificando a existência de abusos por parte dos votantes.

No entanto, referido entendimento viola expressamente o texto legal. O critério apresentado pelo legislador é objetivo e a questão da abusividade ou não do voto em assembleias é extremamente subjetiva. De mais a mais, o legislador apresentou um quórum alternativo,<sup>236</sup> mas com critérios objetivos, ou seja,

---

<sup>236</sup> “Em outras palavras, o art. 58, § 1.º, acaba por criar um quórum alternativo para a aprovação do plano pela assembleia 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 § 1.º 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 § 1.º 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 § 1.º do art. 58. A interpretação sistemática da Lei leva a concluir que, estando presentes os requisitos previstos nos incisos I a III do § 1.º e no § 2.º do art. 58, o juiz não poderá deixar de conceder a recuperação, superando, portanto, o veto apresentado por uma classe de credores” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 289).

quantidade de votos. Não há margem para qualquer discricionariedade do juiz em mitigar o quórum alternativo, quer dizer, uma vez verificada a hipótese legal, a recuperação deve ser concedida pelo sistema *cram down*. Não cumpridos os requisitos, a falência é medida que se impõe.

Oportuno mencionar também que a mitigação do quórum mínimo necessário para que o juiz supere a decisão da Assembleia Geral de Credores que rejeitou o plano e passe a homologá-lo acarreta uma margem de discricionariedade do julgador não permitida pela lei.

A tese que ora se advoga é no sentido de que a não observância dos quóruns mínimos pelo Judiciário, tendo como sustentação o princípio da preservação da empresa, é manejar o princípio de forma excessiva e totalmente discricionária (para não dizer arbitrária).

Ora, das decisões em análise no presente feito, o princípio da preservação da empresa vem sendo utilizado indiscriminadamente para que o Julgador se desvie do texto da lei que, no seu entender, não atende aos interesses de todos os envolvidos.

Se a solução a ser dada ao caso concreto não agrada ao pré-julgamento realizado pelo Julgador quando da análise do caso concreto, vale dizer, se a solução prevista pela lei quando da subsunção da regra ao caso concreto não atende ou agrada à vontade do Julgador, este maneja o princípio da preservação da empresa indevidamente para superar o comando legal.

No presente caso, onde estaria o conflito entre o texto da lei e o princípio da preservação da empresa? Se a intenção do legislador foi estabelecer um mínimo de votos necessários na classe que não aprovou o plano e se tal intenção está positivada na Lei, qual o conflito a justificar a superação da determinação legal?

O que se constata é uma tendência<sup>237</sup> do Judiciário a se utilizar do princípio

---

<sup>237</sup> Conforme comprovam os seguintes julgados: Recuperação judicial. Aprovação do plano de recuperação apresentado, a despeito de ter sido rejeitado em Assembleia Geral de Credores. Homologação conforme teoria denominada "cram down". Controle judicial de legalidade. Desconsideração dos votos dos credores em razão de abuso de direito. Enunciados nº 44 e 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF). Aplicação do princípio da preservação da empresa economicamente viável. Credores pertencentes a uma única classe, a dos créditos quirografários. Ausência de deságio. Aumento do faturamento da empresa desde a data do pedido de recuperação judicial. Abuso do exercício do direito de voto reconhecido. Manutenção da decisão que homologou o plano de recuperação judicial. Agravo de instrumento desprovido. (TJ-SP - AI: 00990764620138260000 SP 0099076-46.2013.8.26.0000, Relator: José Reynaldo. Data de Julgamento: 03/02/2014, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/02/2014)

da preservação da empresa para superar julgamentos de casos difíceis em que o magistrado quer caminhar para uma solução que encontra obstáculo na lei, sendo que para decidir de acordo com o seu convencimento, violaria a regra criada para aplicação no caso concreto. É neste instante que o princípio da preservação da empresa entra em cena, ou seja, é nesse momento que ele é utilizado para amparar e justificar a decisão *contra legem*.

Outro ponto deve ser aqui analisado. Em todas as decisões analisadas no presente estudo não se encontrou qualquer estudo técnico realizado pelo Julgador para ter um grau de certeza elevado sobre a efetiva viabilidade da empresa que se busca a recuperação. Se o princípio da preservação da empresa é o fundamento para que o Judiciário viole a regra jurídica, qual o grau de certeza da viabilidade econômica daquela empresa do caso concreto? A constatação é que inexistente qualquer estudo técnico prévio, desenvolvido pelo Judiciário, que possa dar um grau de certeza do potencial de superação da crise econômica.

Ora, se o fundamento é a preservação da empresa, antes de se aplicar o princípio dever-se-ia realizar estudo técnico de viabilidade e possibilidade concreta

Agravo de Instrumento -Recuperação Judicial - Aprovação do plano de recuperação judicial depois da assembleia-geral de credores - Possibilidade - Princípio da preservação da empresa.Ao julgador há de ser dado certo campo de atuação além dos limites literais da lei para que prevaleça o princípio da manutenção da empresa que revele possibilidade de superar a crise econômico-jinanceira pela qual esteja passando.Agravo desprovido. (TJ-SP - AI: 4174781020108260000 SP 0417478-10.2010.8.26.0000, Relator: Lino Machado. Data de Julgamento: 31/05/2011, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Data de Publicação: 16/06/2011).

No mesmo sentido:

TJRO, AI n. 100.010.2006.006147-0, 1ª Câm. Cív. Rel. Des. Gabriel Marques de Carvalho, Vol..u., j. 04/09/2007.

TJRS, AI n. 70018219824, 6ª Câm. Cív. Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, Vol. u., j. 19.04.2007, Dj 21.05.2007.

E o próprio Superior Tribunal de Justiça já flexibilizou a regra, conforme julgado a seguir ementado: **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO DEVOLVIDA NO AGRAVO QUE SE LIMITA À COMPETÊNCIA E HIGIDEZ DA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO.** 1. A questão relativa à competência para o processo e julgamento da recuperação judicial (art. 3º da Lei 11.101/05), não dispensaria a análise de contratos sociais e das circunstâncias fático probatórias ligada à configuração de determinado estabelecimento como principal para fins de fixação da competência. Atração do enunciado 7/STJ. 2. A existência de alegada fraude na assunção de créditos relativos a sociedades credoras das quais participariam sócios da sociedade em recuperação deverá, consoante reconheceu o acórdão recorrido, ser analisada quando do julgamento das impugnações. Incidência do art. 39 da LRE. A declaração de inexistência do crédito não altera as decisões assembleares. **3. Possibilidade de aprovação do plano de recuperação mesmo quando, por pouco, não se alcance o quorum qualificado exigido na lei. Princípio da preservação da empresa.** 4. Necessidade de prévio reconhecimento na origem da alegada fraude para, então, partir-se para a análise dos requisitos para aplicação do "cram down". 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ - AgRg no REsp: 1310075 AL 2012/0035665-1, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 02/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2014). Grifo nosso.

de superação da crise. Mas isso não é feito. A efetiva preservação da empresa fica apenas no campo da suposição, do casuismo.

Em assim agindo, o Judiciário pode estar alongando ou postergando a falência do empresário em crise e que não tem condições de superá-la. É mais. Violando a regra legal, além de não ter grau de certeza elevado da preservação, contribui para o aumento da insegurança jurídica e falta de previsibilidade nas decisões judiciais.

É por isso que o legislador, em relação ao plano de recuperação, deixou que os próprios credores avaliassem a viabilidade ou não da empresa. A ideia de intervenção mínima do Judiciário deve prevalecer.

Por outro lado, não há na lei qualquer indicativo do que seja abuso de direito de voto, sendo que os credores podem ter seus interesses particulares e que, para uns, pode parecer absurdo ou abusivo, mas, para outros, perfeitamente justificáveis.

Assim, atribuir ao Judiciário a competência para a análise subjetiva da intenção dos credores em seus votos em Assembleias Gerais é inovar e legislar em pontos que o próprio legislador originário preferiu não intervir. Não há ressalvas na lei de Falências e Recuperação.

É o mesmo fundamento que se tem para proibir o Judiciário de adentrar no mérito dos planos de recuperação aprovados em Assembleias Gerais dos Credores. O caráter contratualista (obrigacional) da recuperação judicial somente permite uma intervenção judicial nas decisões tomadas pelos credores em situações em que os planos sejam teratológicos<sup>238</sup>.

Também permite-se o controle da legalidade do ato. As deliberações em assembleias, principalmente em relação aos votos dos credores, submetem-se ao controle da legalidade, como na ocorrência de abuso do direito de voto ou fraude. Referido entendimento foi consolidado pelos enunciados 44<sup>239</sup> e 45<sup>240</sup> da I Jornada de Direito Comercial e vem sendo aceito pelo Poder Judiciário<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup>“Na atual sistemática concursal da LFR, o juiz apenas terá certa discricionariedade, tendo sua atuação independente quando os credores apresentarem Plano de Recuperação teratológico (monstruoso, aberrração, etc.), ocasião em que poderá impor sua decisão às partes envolvidas, mesmo que a AGC aprove o plano” (FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 160).

<sup>239</sup> **Enunciado 44:** A homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

<sup>240</sup> **Enunciado 45:** O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação da vontade do devedor, em razão do abuso de direito.

<sup>241</sup> **DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA.**

Ressalte-se que o exame da legalidade defendido não se justifica pelo princípio da preservação da empresa, mas o fundamento encontra amparo nas regras do Direito Civil.

Nos casos analisados, tal situação não ocorreu, sendo que o princípio da preservação da empresa foi manejado com excesso, em evidente contrariedade ao texto da lei. As decisões apresentadas somente seriam justificáveis pela ótica do Direito Civil se comprovado o abuso de direito por parte de credores. Mas, em nenhum momento houve nos votos a comprovação de qualquer das referidas hipóteses.

Portanto, inexistindo abuso de direito ou qualquer ilegalidade nas deliberações, não pode o Poder Judiciário desconsiderar voto de credor que foi crucial para não aprovação do plano sob o argumento de se preservar a empresa. O princípio da preservação da empresa é inaplicável no caso, sendo que a decretação da falência é medida que se impõe.

#### 4.3. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PRAZO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES CONTRA A DEVEDORA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O deferimento da recuperação judicial, nos termos do art. 6º da Lei n. 11.101/2005, acarreta a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas de credores particulares do sócio solidário<sup>242</sup>.

---

**CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. **2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica.** Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ. 3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1359311/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 30/09/2014). Grifo nosso.

<sup>242</sup> 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. [...] § 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Mas, o § 4º do mesmo art. 6º estabelece que a suspensão será de no máximo 180 dias, a contar do deferimento do processo da recuperação judicial, sendo que em nenhuma hipótese referido prazo será excedido. Após o prazo fixado na lei, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções será reestabelecido, independentemente de pronunciamento judicial.

No entender de Fábio Ulhoa Coelho, somente as execuções contra o devedor em recuperação seriam atingidas pela suspensão, sendo que as demais ações não<sup>243</sup>.

Importante destacar que o legislador, de forma categórica, inseriu no texto legal que a suspensão, “em hipótese nenhuma”, excederá o prazo improrrogável de 180 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação.

Portanto, a regra procedimental é categórica, não admitindo qualquer exceção. Se de um lado referida suspensão beneficia o devedor, no sentido de permitir um “fôlego” para formalizar seu plano de recuperação e iniciar a reestruturação idealizada para superar a crise econômica, do outro prejudica àquele credor que eventualmente não está sujeito aos efeitos da recuperação (hipóteses de exclusão legal), pois haverá a suspensão das ações em que busca o recebimento de seu crédito.

Ademais, a regra foi idealizada para que processos de recuperação judicial não se eternizassem, a exemplo do que ocorria com as intermináveis concordatas.

Como bem ressalta Luiz Felipe Salomão, “inúmeras modificações foram implementadas, com prazos rígidos, fixados de modo a não se eternizar o processo de reorganização ou falimentar, pois o atraso serve de grande desestímulo aos credores”<sup>244</sup>.

Na hipótese de se finalizar e aprovar o plano de recuperação no prazo de 180 dias, dois caminhos serão trilhados: se o crédito objeto da execução estiver incluído no plano, a este fica subordinado, pois suas condições iniciais foram modificadas. Caso contrário, a execução individual deve continuar, nos exatos termos da lei.

Nos casos em que o plano de recuperação ainda não foi apresentado ou

---

<sup>243</sup> “As ações de conhecimento contra o devedor falido ou em recuperação não se suspendem pela sobrevinda da falência ou do processo visando o benefício. Não são execuções e, ademais, o legislador reservou a elas um dispositivo específico preceituando o prosseguimento (§ 1º)”. (COELHO, Op. cit. 2013, p. 75).

<sup>244</sup> SALOMÃO. Op. cit. 2015, p. 23.

aprovado dentro do prazo de 180 dias, as execuções devem retornar o curso normal, sendo que este é o comando legal.

Sobre o tema, Manoel Justino Bezerra Filho assim se manifesta:

Na forma do *caput* do art. 6º, a suspensão se inicia com o deferimento do processamento da recuperação judicial, despacho previsto no art. 52. Este despacho do art. 52 não se confunde com o momento no qual o juiz concede a recuperação judicial, previsto no art. 58. Dessa forma, concedida ou não a recuperação em 180 dias, todas as ações e execuções contra o devedor que pediu a recuperação voltarão a correr normalmente, pois o prazo máximo de suspensão é este ora estabelecido no § 4º do art. 6º. No entanto, se a recuperação já foi concedida na forma do art. 58, o crédito que a ela estiver submetido será pago nos próprios autos da recuperação, não havendo assim interesse no prosseguimento de ações ou execuções.<sup>245</sup>

Note-se que a doutrina não faz qualquer exceção para que os processos de execução ou ações individuais contra o devedor retornem o curso normal após a superação do prazo de 180 dias determinado pela lei.

O tema ganhou relevância e discussão no Poder Judiciário ante os vários pedidos feitos pelos devedores para que o referido prazo de suspensão fosse mitigado, permitindo que principalmente os processos de execução contra os devedores não tivessem seu curso retomado automaticamente após o decurso de prazo de 180 dias.

Um dos fundamentos apresentados para que o prazo fosse dilatado foi o princípio da preservação da empresa. Muitos devedores alegaram, e continuam alegando, que o prazo de suspensão, algumas vezes, terminava quando o plano de recuperação ainda não havia sido votado/aprovado em assembleia dos credores e que a demora não havia sido causada por eles.

Sob o manto de tais argumentos é que o Poder Judiciário foi obrigado a manifestar-se. Há decisões em que a flexibilização do prazo não foi aceita, tendo como consequência a retomada do curso das ações e execuções individuais ante o devedor<sup>246</sup>. Mas, a grande maioria, inclusive as proferidas pelo Superior Tribunal de

---

<sup>245</sup> BEZERRA FILHO. Op. cit. 2014, p. 82.

<sup>246</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução por quantia certa contra devedor solvente – Pedido de recuperação judicial impetrado pela agravada - Processamento deferido, com a suspensão de todas as ações ou execuções em andamento contra a devedora, pelo prazo de 180 dias - Decurso do semestre legal de suspensão das ações – Prorrogação da suspensão - Impossibilidade - Prosseguimento imediato – Inteligência do artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/05 - Decisão reformada - Recurso provido para deferir o prosseguimento da execução. (TJ-SP - AI: 21953974120158260000 SP 2195397-41.2015.8.26.0000, Relator: Irineu Fava. Data de Julgamento: 19/02/2016, 17ª Câmara

Justiça, vem abrindo caminhos de exceção, conforme adiante se verificará.

O tema é controverso e colocou em discussão o eventual conflito entre vários princípios, como o da celeridade processual, a preservação dos interesses dos credores e a preservação da empresa.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema e a Ministra Relatora Nany Andrichi, no AgRg no CC 110.250/DF, ponderou sobre o assunto. Em que pese inicialmente não permitir a prorrogação indeterminada da suspensão das ações e execuções contra o devedor, a ministra deixou aberta a possibilidade da flexibilização em alguns casos específicos<sup>247</sup>.

Em tal contexto, algumas decisões começaram a surgir tendo como resultado o acolhimento do pedido formulado pelos devedores, trazendo como consequência a prorrogação da suspensão das ações e execuções contra o devedor para prazo superior ao previsto na lei.

Invariavelmente, o princípio da preservação da empresa vem sendo utilizado para justificar a dilação do prazo de suspensão aqui discutido. A prorrogação do prazo de suspensão deferida pelo Poder Judiciário vai contra o texto da lei e o princípio da preservação da empresa não poderia ser utilizado, em tais casos, como fundamento da violação normativa.

---

de Direito Privado, Data de Publicação: 19/02/2016).

<sup>247</sup> COMERCIAL. AGRAVO NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E DO TRABALHO. LEI 11.101/05. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DE AÇÕES E EXECUÇÕES. PRAZO. - Superado o prazo de suspensão previsto no art. 6º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 11.101/05, sem que tenha havido a aprovação do plano de recuperação, devem as ações e execuções individuais retomar o seu curso, até que seja aprovado o plano ou decretada a falência da empresa. - O legislador concatenou o período de suspensão de 180 dias com os demais prazos e procedimentos previstos no 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. - **A função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05. Nesse contexto, a suspensão, por prazo indeterminado, de ações e execuções contra a empresa, antes de colaborar com a função social da empresa, significa manter trabalhadores e demais credores sem ação, o que, na maioria das vezes, terá efeito inverso, contribuindo apenas para o aumento do passivo que originou o pedido de recuperação. - Outrossim, uma vez aprovado o plano de recuperação, não se faz plausível a retomada das ações e execuções individuais após o decurso do prazo legal de 180 dias, pois nos termos do art. 59 da Lei nº 11.101/05, tal aprovação implica novação. - Em situações excepcionais, a serem oportunamente enfrentadas por esta Corte, a regra pode comportar exceções. Todavia, o temperamento banalizado e desmedido do prazo de suspensão pode, desde já, importar retrocesso para o drama vivido na época das intermináveis concordatas, que o legislador procurou sepultar.** - Agravo não provido. (STJ - AgRg no CC: 110250 DF 2010/0016441-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/09/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/09/2010). Grifo nosso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também já decidiu pela prorrogação do prazo de 180 dias de suspensão, conforme se verifica do seguinte julgado:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL Prorrogação do prazo de 180 dias de suspensão das ações e execuções em face da recuperanda. Possibilidade. Não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias, conforme previsto no art. 6º, § 4º, da LRE, quando a empresa em recuperação não tem qualquer culpa na demora da aprovação do referido plano. Precedentes do C. STJ. Decisão em conformidade com o Enunciado n.º 42 da 1ª Jornada de Direito Comercial. Não provimento. (TJ-SP - AI: 00191051220138260000 SP 0019105-12.2013.8.26.0000, Relator: Enio Zuliani. Data de Julgamento: 21/05/2013, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 22/05/2013).

Do voto condutor, extrai-se o seguinte entendimento do Emite Desembargador Enio Zuliani:

Há tempos o C. STJ vem flexibilizando a rigidez do dispositivo na medida em que, muitas vezes, e a depender do caso concreto analisado, a retomada das ações e execuções em face da empresa que está a buscar a recuperação judicial poderia comprometer a finalidade do benefício, obstando ou criando embaraços à consecução do empreendimento, de modo que a aludida interpretação coaduna-se com o princípio da conservação da empresa, pelo qual se pretende conservar a fonte produtora, bem como estimular a atividade econômica. A aplicação imediata da hipótese normativa em referência, portanto, sem o estudo das especificidades do caso, pode, em última análise, acarretar subversão dos fins sociais da própria Lei n.º 11.101/05.

Em que pese o entendimento apresentado pelo Douto relator, há que se ressaltar que a lei é clara e menciona que o prazo de suspensão, em qualquer hipótese, não sofrerá prorrogação. Trata-se de prazo improrrogável por expressa disposição legal, consoante se extrai da simples leitura do art. 6º, § 4º da Lei de Recuperação.

Nota-se que da simples leitura do dispositivo em questão não se vislumbra qualquer margem de discussão ou “zona cinzenta” no texto normativo a justificar a elasticidade do prazo. O princípio da preservação da empresa, no caso, não poderia ser utilizado para superar o comando normativo claro do microsistema recuperacional.

Corre-se o sério risco de banalizar os prazos fixados na Lei Recuperacional, acarretando intermináveis processos de recuperação judicial em evidente retrocesso

de procedimentos.

Também, a prorrogação do prazo de suspensão de 180 dias fixados na lei afeta diretamente o credor que, algumas vezes, pode não ser incluído nos planos de recuperação, mas terá o retardamento de seu processo individual contra o devedor.

Até mesmo a Justiça Trabalhista comunga do entendimento de que o prazo de 180 dias pode ser prorrogado, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, conforme se depreende do julgamento da AP: 00012152920125020060 SP, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região<sup>248</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também flexibilizou o prazo, quando do julgamento do AI: 00111294120168190000, que foi assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. PRORROGAÇÃO POR PRAZO SUPERIOR A 180 DIAS. POSSIBILIDADE. DECISÃO QUE SE MANTÉM. 1. Cinge-se a discussão na legalidade da decisão recorrida que deferiu a prorrogação das ações e execuções movidas em face das recuperandas por 60 (sessenta) dias. 2. In casu, o deferimento do processamento da recuperação judicial se deu por decisão datada de 20.03.2015. 3. Por outro lado, o artigo 6º, § 4º, da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, dispõe que na recuperação judicial o prazo de suspensão das ações e execuções em face do devedor não excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação. 4. **Não obstante, o dispositivo citado deve ser interpretado de forma sistemática com os demais dispositivos existentes na Lei de Falência e Recuperação Judicial, dentre os quais o artigo 47, segundo o qual o objetivo da recuperação judicial é 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 da atividade econômica.** 5. Do dispositivo citado, vê-se a preocupação do legislador com a função social da empresa, em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Nessa toada, a prorrogação determinada não se mostra ilegal ou

---

<sup>248</sup> Recuperação judicial. Deferimento da recuperação. Homologação do plano. Suspensão das execuções. Deferida a recuperação judicial, suspendem-se as execuções individuais contra a empresa requerente por 180 dias (Lei nº 11.101/05, art. 6º, caput, e parágrafo 4º). Contudo, de acordo com o princípio de preservação da empresa, e a finalidade da atual lei de recuperações e falências, a jurisprudência das cortes superiores, inclusive o Tribunal Superior do Trabalho em decisões recentes, firmou entendimento de que tal prazo comporta flexibilização e seu decurso não implica a retomada automática das execuções, mesmo trabalhistas, porquanto isso inviabilizaria a consolidação e o cumprimento do plano de recuperação judicial. Deferida a recuperação, e especialmente após a homologação do plano, cessa a competência da Justiça do Trabalho para o prosseguimento da execução contra a empresa em recuperação judicial, e suspende-se a execução em curso. (TRT-2 - AP: 00012152920125020060 SP 00012152920125020060 A28, Relator: RAFAEL EDSON PUGLIESE RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2013. 6ª TURMA, Data de Publicação: 11/09/2013).

tampouco abusiva, considerando não só o escopo acima reconhecido, mas também a complexidade da recuperação proposta, mormente ante ao número de empresas recuperandas, o rol de credores e os inúmeros recursos interpostos, salientando-se a ausência de prova que leve à conclusão de que eventual retardamento no julgamento possa ser imputado às autoras. 6. Desse modo, não se mostra razoável a retomada das ações contra as agravadas pelo simples decurso do prazo legal, motivo pelo qual se mantém a decisão recorrida. Precedentes do STJ e TJRJ. 7. Recurso não provido. (TJ-RJ - AI: 00111294120168190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 1 VARA EMPRESARIAL, Relator: JOSÉ CARLOS PAES, Data de Julgamento: 13/04/2016, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/04/2016).

Referida decisão dilatou o prazo de 180 dias de suspensão determinado pelo legislador, em evidente violação do texto legal. O fundamento para tal violação residiu na exaltação do princípio da preservação da empresa.

Do voto do relator, tem-se que:

Não obstante, o dispositivo citado deve ser interpretado de forma sistemática com os demais dispositivos existentes na Lei de Falência e Recuperação Judicial, dentre os quais o artigo 47, segundo o qual o objetivo da recuperação judicial é 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 da atividade econômica. Do dispositivo citado, vê-se a preocupação do legislador com a função social da empresa, em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Nessa toada, a prorrogação determinada não se mostra ilegal ou tampouco abusiva, considerando não só o escopo acima reconhecido, mas, também, a complexidade da recuperação proposta, mormente ante ao número de empresas recuperandas, o rol de credores e os inúmeros recursos interpostos, como se vê da certidão de fls. 23 (00023), salientando-se a ausência de prova que leve à conclusão de que eventual retardamento no julgamento possa ser imputado às autoras.

Inobstante tal entendimento, nota-se que a lei é clara ao dizer que *em nenhuma hipótese o prazo será prorrogado*. É de clareza solar a intenção do legislador, sendo que mesmo na hipótese de se verificar que a demora na aprovação do plano não se imputa ao devedor, a lei não abre qualquer margem para outra interpretação que não seja a retomada do curso das ações e execuções individuais contra o devedor.

Desta forma, a decisão que determina a prorrogação da suspensão das ações ou execuções contra o devedor em recuperação tendo como amparo o princípio da preservação da empresa é ilegal e não poderia subsistir. A exceção proposta pelo

relator do voto condutor e vencedor na decisão guerreada contrária, inclusive, a vontade do legislador.

Se o legislador tivesse intenção de flexibilizar a regra, não teria inserido no texto a expressão “em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 dias”.

Em tal contexto, o princípio da preservação da empresa seria inaplicável para flexibilizar o comando da regra.

Mas, conforme anteriormente anotado, o próprio Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo a prorrogação do prazo de 180 dias em algumas situações, notadamente quando o plano de recuperação ainda não foi aprovado pelos credores sem que a demora tenha sido causada pelo devedor<sup>249</sup>.

No julgamento do AgRg no AREsp 755.990/RJ<sup>250</sup>, o Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO assim se posicionou sobre o tema em seu voto condutor:

Com efeito, a jurisprudência desta Corte acerca da interpretação a ser dada ao art. 6º, §§ 4º e 5º, da Lei 11.101/05, que trata da suspensão das ações e execuções propostas em face do devedor quando deferido o processamento da recuperação judicial, é torrencial no sentido da competência do Juízo da recuperação, levando-se em consideração o fato de que o princípio da preservação da empresa deve prevalecer.

Em que pese as justificativas apresentadas pelos julgadores de que o prazo

<sup>249</sup> **AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATOS CONSTRITIVOS. Apreciação do caráter extraconcursal de créditos. Competência do Juízo da recuperação judicial. Retomada das execuções individuais. Ausência de razoabilidade. Competência do Juízo da recuperação judicial.** 1. Compete ao Juízo da recuperação judicial tomar todas as medidas de constrição e de venda de bens integrantes do patrimônio da empresa sujeitos ao plano de recuperação judicial, uma vez aprovado o referido plano; cabendo-lhe, ainda, a constatação do caráter extraconcursal de crédito discutido nos autos de ação de execução. 2. No normal estágio da recuperação judicial, não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias de que trata o art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no CC 141.719/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/04/2016, DJe 02/05/2016).

<sup>250</sup> **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO DEFERIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. ART. 6º, § 4º, DA LEI N. 11.101/2005. RETOMADA DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE.** 1. "A Segunda Seção do STJ tem jurisprudência firmada no sentido de que, no normal estágio da recuperação judicial, não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias de que trata o art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005". (AgRg no CC 101.628/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 01/06/2011). Incide, no ponto, a Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 755.990/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 10/11/2015).

pode ser prorrogado, tendo como justificativa o princípio da preservação da empresa, notadamente quando não houver culpa do devedor na demora para aprovação do plano de recuperação, temos que as decisões são ilegais, pois violam o texto expresso da lei que não comporta outra interpretação senão a retomada das ações e execuções individuais imediatamente após o prazo de 180 dias contados do deferimento do processamento da recuperação.

Aliás, como já dito, não há margem para dúvidas na interpretação do comando normativo, sendo inaplicável o princípio da preservação da empresa, mormente quando se está diante de uma vontade clara e irrefutável do legislador e de outro princípio, o da preservação dos interesses dos credores, que não foi sopesado para ser mitigado nos julgamentos apresentados.

Não se trata de mero prazo processual que somente afeta uma das partes. No caso em análise, a prorrogação da suspensão do trâmite das ações e execuções individuais do devedor atinge diretamente o credor, que ficará com seu direito reconhecido legalmente violado pela aplicação indevida do princípio da preservação da empresa.

## 5. CONSEQUÊNCIAS DO EXCESSO E DO DESAPEGO À LEI – INSEGURANÇA JURÍDICA

O apego e aplicação excessiva de princípios em detrimento de regras estampadas na lei acabam por acarretar um ambiente de insegurança jurídica em nosso país, criando uma incerteza quando o assunto é decisão judicial.

De acordo com o olhar crítico do leigo e até mesmo para aqueles que militam na área jurídica, as decisões judiciais possuem, em tal hipótese, certo grau de imprevisibilidade.

O eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão aduz que “credores e devedores, além de terceiros interessados, enfim, todos os envolvidos na cadeia de relações que envolvem a atividade econômica, devem contar com normas claras e precisas, que confirmam segurança jurídica ao processo”.

<sup>251</sup>

Como bem ressalta Daniel Moreira do Patrocínio, regras claras acerca do direito dos credores nos processos de recuperação e falência:

Contribui para estimular a atividade econômica no país, na medida em que os agentes podem, previamente, organizar seus negócios e melhor alocar seus esforços para a produção de bens e prestação de serviços, sopesando os riscos envolvidos.<sup>252</sup>

A segurança jurídica foi conceituada por Humberto Ávila da seguinte forma:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa ou arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> SALOMÃO. Op. Cit. 2015, p. 23.

<sup>252</sup> PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os princípios do Processo de Recuperação Judicial de Empresas. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. Porto Alegre. ano X, número 56, vol 1. fev/mar. 2005, p. 90.

<sup>253</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 3 ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2014, p. 698.

A insegurança jurídica, portanto, decorre da imprevisibilidade das decisões judiciais proferidas por magistrados em situações em que são embasadas basicamente pela não aplicação das regras jurídicas estabelecidas para as situações concretas, homenageando, na grande maioria das vezes, um valor principiológico.

Vale dizer que, com o intuito de se buscar uma correção do texto da lei com o qual o seu conteúdo não compartilha ou a concretização dos ideais de Justiça que permeiam a ideologia do magistrado, este atua, em algumas vezes, com o denominado desapego ao texto da lei e homenageia princípios a justificar sua posição.

Fábio Ulhoa Coelho ressalta que é preciso ao analisar a questão, aduzindo que o desapego à regra transverte-se de apego ao princípio, substituindo a concepção jusnaturalista, na oposição básica do discurso jurídico.<sup>254</sup>

Cuida-se, dessa forma, de atuação judicial que deixa de aplicar o texto da lei para seguir uma orientação principiológica, mesmo quando o caso concreto possui regra legal regulando a situação. Tal situação acarreta uma insegurança prejudicial, não apenas ao sistema jurídico, mas também afeta outras áreas, notadamente a econômica. Isso porque influencia no grau de segurança que o investidor deposita no país para aplicação de recursos para o desempenho de uma atividade econômica.

Em sentido contrário, aqueles que defendem o apego à lei, afirmam, como é o caso de Alexy, que os princípios podem ser utilizados e são aplicáveis dentro de possibilidades jurídicas e fáticas. Em tal cenário, um princípio seria aplicado nas hipóteses em que não houvesse qualquer impedimento fático (conteúdo da norma) ou jurídico (a existência de regra ou princípio). Assim, se há uma regra específica para a situação concreta que se objetiva regular, tal regra impediria a aplicação de princípios.

Pode-se concluir, portanto, que um maior número de argumentos voltados ao

---

<sup>254</sup>Para Fábio Ulhoa Coelho, “a invocação de direitos fundamentais enunciados positivamente em Constituições tem sido a estratégia argumentativa do desapego à lei, desde o descrédito em que mergulharam os argumentos de inspiração jusnaturalista. Constituições principiológicas, como a brasileira, estimula a exploração desta estratégia. A regra tem a validade questionada, mediante o confronto com princípios constitucionais. O desapego à regra transverte-se de apego ao princípio, substituindo a concepção jusnaturalista, na oposição básica do discurso jurídico. A argumentação por princípios tem sido largamente empregada pela estratégia de desapego à lei, buscando, para além das regras específicas e desprovidas de caráter principiológico, fundamentos para a não aplicação destas” (COELHO, Fábio Ulhoa. Os princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-7).

desapego à lei acarreta decisões proferidas por magistrados com um menor grau de segurança jurídica.

A questão da segurança jurídica no campo empresarial é de alta relevância. A fixação e aplicação de regras objetivas para a concessão ou não da recuperação empresarial, bem como as consequências de tal procedimento, aumentam o grau de previsibilidade das decisões<sup>255</sup>.

É evidente que o Judiciário, ao decidir questões inerentes à recuperação da empresa, influencia a economia. Quanto maior a previsibilidade das decisões e confiabilidade no sistema, maiores os investimentos em atividades econômicas organizadas.

Há que se ressaltar que um dos objetivos da Lei n. 11.101/2005 foi o de conferir segurança jurídica aos credores<sup>256</sup> para que melhores condições de juros e tarifas fossem aplicadas aos contratos de empréstimo e financiamento eventualmente firmados pelos empresários.

Com a tão almejada previsibilidade das decisões, o custo do crédito tende a ser reduzido. Tal situação foi objeto de análise em capítulo anterior e é corroborado pela doutrina, podendo ser destacado o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho<sup>257</sup>.

No entanto, se o *spread* bancário continua alto, a causa poderia ser a insegurança jurídica que ainda paira em decisões proferidas em processos de recuperação judicial. Conforme já debatido, há decisões judiciais que superam o texto da lei (que garante, em tese, direito de credores) em homenagem ao princípio

---

<sup>255</sup>Nos dizeres de Daniel Moreira do Patrocínio, “a segurança jurídica impõe-se, a fim de que a LREF atenda seu principal objetivo, qual seja, facilitar a negociação entre credores e devedores, a ponto de que a busca individual e mesmo não cooperativa entre os credores permita que a solução de mercado seja alcançada, relativa a continuidade ou não da empresa. A mitigação da vontade dos credores manifestada em conformidade com os critérios legais, através da intervenção judicial, importa em redução da previsibilidade sobre a chance de obtenção da recuperação judicial, dificultando a negociação entre os agentes econômicos e o empresário devedor” (PATROCÍNIO, Daniel Moreira. Op. cit. p. 94).

<sup>256</sup>Luis Felipe Salomão aduz que “na verdade, pretendeu o legislador garantir segurança jurídica aos credores e investidores, bem assim aos atores das diversas atividades econômicas, por isso que a Lei n. 11.101/2005 cumpre papel importante de retroalimentar o sistema” (SALOMÃO. Op. cit. 2015, p. 22).

<sup>257</sup>O ambiente institucional marcado pela previsibilidade das decisões judiciais é uma das condições para a atração de investimento e realização de negócios. O empresário, ao fazer os cálculos destinados à definição do preço dos produtos ou serviços que oferecerá ao mercado adota como premissa a efetividade da lei e dos contratos. Mais que isto, parte do pressuposto de que lei será aplicada tal como resulta de seu sentido imediato e que, se o contratante não honrar o contrato, o Poder Judiciário garantirá firme e prontamente, o resultado equivalente ao adimplemento. As decisões judiciais são, para o empresário, imprevisíveis quando o juiz interpreta a lei de forma não assimilável diretamente por ele ou libera o contratante do cumprimento de obrigação assumida em contrato. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.p, 16/17)

da preservação da empresa, prestigiando o devedor em recuperação. Em que pese a lei garantir o direito do credor, o Poder Judiciário afasta referido direito acarretando a indesejada insegurança jurídica.

O projeto de Novo Código Comercial apresenta algumas limitações para utilização dos princípios nos processos judiciais<sup>258</sup>. Muitas críticas vêm sofrendo o referido Projeto, notadamente em relação à limitação da utilização principiológica para superar texto de lei. Mas, referido debate acerca do tema contribui para melhor aperfeiçoamento da atuação do Poder Judiciário na concretização das normas sobre a recuperação judicial.

É bem verdade que após vários anos de vigência da lei n. 11.101/2005, críticas começam a ser lançadas em relação a alguns dispositivos, principalmente em relação a situações em que se coloca em “cheque” a efetiva eficácia do instituto da recuperação judicial frente aos direitos dos credores. Ou seja, muito se critica a não submissão de alguns créditos aos processos de recuperação judicial ou até mesmo o prazo exíguo de 180 dias de suspensão das ações contra o devedor em recuperação.

Mas, não se pode corrigir as imperfeições da lei e seus objetivos iniciais traçados que fundamentaram a sua elaboração com a aplicação inadequada do princípio da preservação da empresa. Somente uma reforma legislativa, novamente com ampla discussão dos atores atingidos (especialmente credor e devedor), é que poderia superar as críticas lançadas.

Ademais, não se pode deixar de lado que o empresário em recuperação precisa, muitas vezes, da concessão de crédito para implementar o plano de recuperação e manter a atividade econômica em funcionamento. A

---

<sup>258</sup> Na exata terminologia utilizada pelo Prof. Fábio Ulhoa Coelho, “o tecido dos valores da disciplina está esgarçado e é necessário recosê-lo, para que tenhamos maior segurança jurídica” (COELHO, Fábio Ulhoa. Os princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105).

É evidente que o Projeto não apresenta um Código exclusivamente composto por princípios. Há uma evidente mescla de regras e princípios, tal como ocorre em diversas outras áreas, como por exemplo, Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor, entre outros.

Da verificação dos dispositivos propostos, temos um que, particularmente, diz respeito ao presente estudo. É o que consta do art. 8º do Projeto. De acordo com a proposta, os princípios não poderiam ser invocados ou utilizados para afastar a aplicação de qualquer dispositivo constante do Código ou lei. Consta-se em tal previsão um limite de utilização extremamente rigoroso. Fábio Ulhoa Coelho justifica o limite extremo. Para ele, a norma de interpretação contida no art. 8º seria plenamente justificável e necessária no contexto do Código Comercial. Para ele, deixar exclusivamente à doutrina e à jurisprudência a tarefa de impor limites aos argumentos do desapego à lei, socorrendo-se dos princípios, é muito perigoso e insuficiente, ante o cenário do esgarçar os valores.

previsibilidade das decisões contribui para uma melhor análise dos riscos e, conseqüentemente, auxilia a tomada de decisão do credor ou fornecedor.

## CONCLUSÕES

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, procurou-se mostrar a importância dos princípios jurídicos na interpretação e aplicação do direito nos casos concretos, notadamente em função de seu caráter normativo.

É de conhecimento geral que os princípios ganharam papel de relevância no pós-positivismo, sendo que passaram a ser inseridos como norma jurídica ao lado das regras.

O ponto alto foi a constitucionalização dos princípios, pois a partir de tais movimentos todo o sistema jurídico passou a dar maior ênfase e destaque aos princípios, não sendo raras as codificações que positivaram os princípios constitucionais, além de outros.

No Direito Comercial, em que pese o esquecimento e abandono dos princípios por vários anos, passou-se a ter, com a Constituição de 1988 e a adoção da Teoria da Empresa, um novo rumo para a interpretação e aplicação das disposições inerentes às regras comerciais e societárias.

Diante de tal ambiente, a Lei n. 11.101/2005 veio a consolidar um novo modelo para que as empresas em crise pudessem superar tal momento de dificuldade, instituindo as recuperações judiciais e extrajudiciais.

Por outro lado, demonstrou-se, no presente trabalho, que a lei de falências e recuperação das empresas também foi idealizada para dar maior segurança jurídica e proteção aos interesses dos credores, notadamente para barateamento dos juros em operações de crédito.

O legislador, ao elencar os objetivos da recuperação judicial, norteou todo o procedimento na observância de objetivos e princípios consubstanciados no art. 47 da Lei n. 11.101/2005. Ressalta-se o da preservação da empresa, dos interesses dos credores, dos trabalhadores etc., possibilitando a manutenção da fonte produtiva de bens e riquezas.

No entanto, a aplicação do referido princípio da preservação da empresa passou a ser utilizado de forma indiscriminada e excessiva pelo Judiciário, sendo que, muitas vezes, há uma violação do texto da lei e de outros princípios (como, por exemplo, o do interesse dos credores) com o argumento de preservar a empresa.

A conclusão é que o princípio da preservação da empresa no microsistema

da recuperação judicial somente poderia ser aplicado em situações em que a lei é omissa ou abra margem a uma interpretação de dispositivos que contenham uma “área cinzenta”, não clara, de forma que a tarefa do julgador para aplicar a lei ao caso concreto pode encontrar pilares de fundamentação no princípio da preservação da empresa.

É o caso da cessão de crédito fiduciário e inexigibilidade das certidões negativas fiscais, onde a aplicação do princípio seria possível ante as dúvidas que surgem da análise e interpretação dos comandos legais. Também restaram demonstradas situações em que o princípio da preservação da empresa foi invocado, mas, de forma correta, não aplicado, como é o caso da aprovação ou não dos planos de recuperação pelos credores quando inexistente violação do texto da lei.

Em contrapartida, foram analisadas decisões judiciais em que o princípio da preservação da empresa foi utilizado de forma inadequada, em que foi defendida a tese de sua inaplicabilidade em casos em que o texto da lei é claro, não há dúvidas em sua interpretação ou que sequer houve declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos.

Trata-se de casos em que houve a inclusão dos contratos de adiantamento de câmbio (ACCs) nos planos de recuperação, do voto de credor em assembleias que acarretaram a não aprovação do plano de recuperação e de prorrogação da suspensão das ações e execuções individuais contra o devedor em recuperação por prazo superior ao de 180 dias fixados na lei. Em todas as hipóteses mencionadas, o princípio da preservação da empresa não poderia ser aplicado para violar o texto normativo claro, sem obscuridade ou dúvida quando de sua aplicação.

A inaplicabilidade do princípio da preservação da empresa se justifica nos exemplos dados para se garantir maior previsibilidade nas decisões, segurança jurídica e proteção dos interesses dos credores (que também é tutelado pela lei recuperacional).

A falta de obscuridade em determinados dispositivos da lei e a utilização sem argumento racional do princípio da preservação da empresa para mitigar o comando legal acaba por desestabilizar o sistema, provocando uma sensação de insegurança jurídica, que é extremamente prejudicial para toda a coletividade, especialmente para os investidores.

É justamente tal ponto que o presente trabalho procurou focar. A partir da análise de algumas decisões proferidas por nossos Tribunais, objetivou-se identificar

as inconsistências e excessos, fazendo uma abordagem crítica sobre tais decisões.

E o que realmente restou constatado é que muitas decisões contrariam o conteúdo da regra jurídica de forma desmedida, chegando quase ao arbítrio, pois em algumas situações o julgador entende que a lei não se presta aos interesses do caso em discussão e, sem maiores argumentos racionais, afasta o conteúdo da norma ou de outros princípios aplicáveis ao caso, para homenagear o princípio da preservação da empresa.

Em muitos casos, nem mesmo há justificativas, com dados objetivos e elementos técnicos, econômicos, mercadológicos etc., que a empresa é viável. Há que se ressaltar que a Lei n. 11.101/2005 não contempla a recuperação das empresas a qualquer custo, ou seja, somente aquelas que possuem condições de superar a crise é que devem obter o benefício da recuperação.

Postergar o momento de encerramento das atividades ou até mesmo a falência de empresários, que não possuem qualquer condição de permanecer no mercado é um equívoco.

Neste quadro, o estudo realizado objetivou apresentar alguns limites que podem ser utilizados em decisões que precisam estabelecer uma saída ao caso concreto, notadamente quando se tem um conflito entre princípios e regras. Se a lei é clara, precisa, não possui ambiguidades, deve ser prestigiada em detrimento do princípio da preservação da empresa.

O Projeto de Lei n. 1572/2011, que pretende instituir um novo Código Comercial principiológico, apresenta limites na aplicação dos princípios, vedando que uma lei ou disposição do Código seja não aplicada tendo por fundamento um princípio contido no seu texto. Também, ao descrever os objetivos dos princípios ali positivados, deu um contorno mais objetivo e menos genérico a eles. Este pode ser o ponto inicial de uma mudança necessária na interpretação e aplicação de princípios no Direito Comercial.

Como contribuição, foi apresentada a ideia de que se procure exigir fundamentos concretos e racionais nos processos de recuperação de empresas, no sentido de se contemplar a necessidade de estudos e elementos efetivos de superação da crise pelo empresário, permitindo-se, em casos efetivamente excepcionais, superar uma regra dúbia, obscura, pelo fundamento da preservação da empresa.

Finalmente, conclui-se que o operador do direito, ao se deparar com uma

situação conflituosa, deve analisar o caso com efetiva profundidade, aferindo os elementos que irão amparar a sua decisão, retirando o máximo de informações dos dados concretos, bem como uma verificação dos efeitos e do impacto de sua decisão no cenário do litígio, tendo condições de construir um raciocínio jurídico sólido e racional.

Afinal, o destinatário das normas e as partes envolvidas no processo é que efetivamente serão beneficiadas ou penalizadas por decisões não fundamentadas e sem a racionalidade.

É sabido que após dez anos de vigência da Lei n. 11.101/2005 muitas críticas vêm sendo lançadas contra alguns dispositivos discutidos no presente estudo. Se a atual estrutura do processo de recuperação das empresas é falho em alguns pontos e pode impedir, com alguns dispositivos, a efetiva recuperação da empresa, é chegado o momento de uma profunda reflexão.

Uma ampla análise, com discussão envolvendo todos os interessados (credores, devedores, comunidade jurídica) e a realização de mudanças legislativas que se apresentem necessárias seria o caminho para adequar a Lei de Falências e Recuperação aos seus efetivos propósitos, notadamente a recuperação das empresas.

No entanto, enquanto não se implementam tais mudanças, o Poder Judiciário não pode fazer as vezes do Poder Legislativo. Se mudanças precisam ocorrer para adequar as disposições da lei aos anseios da coletividade, devedor, credor, dentre outros *players* dos processos de recuperação, elas precisam ocorrer pelas vias adequadas (vontade do legislador) e não pela vontade exclusiva do julgador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho* – Filosofía del derecho. Tradução de Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da. Editora Malheiros, São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. VALDÉS. Ernesto Garzón. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa: de acordo com a Lei n. 11/101/2005*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Aloísio Pessoa de. A nova Lei de Falências, o Judiciário e o risco Brasil. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 27 dez. 2004.

ARTIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 4 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2007.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista di Diritto Commerciale*. Vol. XLI – Parte I, 1943.

ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado Financeiro*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3 ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

BARBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 6, n. 23. São Paulo: RT, 1998.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das*

normas principiológicas da Constituição. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresa e falência: lei n. 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 10 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. A Trava Bancária e Trava Fiscal na recuperação judicial – Tendências....  
*In: ELIAS, Luis Vasco (coord.) 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, A. W. *Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2004.

BOTREL, Sérgio. *Direito Societário Constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário*. São Paulo, Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 8 de maio de 2015.

BRASIL. Lei 6.404/76. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm) . Acesso em: 8 de maio de 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 8 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10522.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm). Acesso em: 5 de maio de 2015.

BRASIL. Lei n. 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em 8 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>> Acesso em 8 de agosto de 2016.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: RT, 1985.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso de Direito de Voto na Assembleia Geral dos Credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos (Org.). São Paulo: Atlas, 2009.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CÂNDIDO, Vicente. Os Princípios Constitucionais e a Exploração da Atividade Econômica. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Almedina: Coimbra, Portugal.

CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Thales Mello. *Matemática Comercial e Financeira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Material Escolar – FENAME, 1971.

CEREZETTI, Sheila Cristina Nader. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A crise da empresa no projeto de Código Comercial*. In: ANDRIGUI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.) *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei complementar n. 147/2014*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. A Trava Bancária. *Revista do Advogado*. Editada pela Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. São Paulo. Ano XXIX, n. 105, set. 2009.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. Vol. 1, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Comercial*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Os princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A Trava Bancária na Jurisprudência do STJ. In: ANDRIGUI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. *Poderes do juiz e dos credores na recuperação judicial: análise da Lei n. 11.101/2005 a partir dos interesses envolvidos*. In: LUCCA, Newton de; VASCONCELOS, Miguel Pestana (Coord.). *Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas Estudos Luso-Brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 79.

DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

DOMINGOS, Guilherme Afif. A Constituição, Instituições e o Ambiente Empresarial. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Ano 8, n. 29, jul.set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madri: Civitas Ediciones, 2001.

ESPÍNDOLA, R. S. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 1 ed. São Paulo: RT, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducción de Eduardo Vantentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FELLET, André. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FÉRES, Marcelo Andrade. Direito de empresa no novo Código Civil. In: VIANA, Frederico Rodrigues (Coord.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Prereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. *Revista de Informação Jurídica*. Brasília. a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. *Crítica aos princípios do direito moderno: história, sociedade e direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2014.

FINDELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito Empresarial*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FLORIANO NETO, Alex. *Atuação do juiz na recuperação judicial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Os juros e o novo Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. ano 7, n. 26, outubro-dezembro de 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GABRIEL, Sergio. A Lei de Recuperação de Empresas como instrumento de desenvolvimento econômico. *Boletim Jurídico*. Uberaba/MG. Ano XV, n. 1377. 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 15

ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAZARI, Rafael José Nadim; BERNARDI, Renato. *Ensaio Escolhidos de Direito Constitucional*. Brasília: Editora Kiron, 2013.

LEAL, Monica Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri/SP: Manole, 2003.

LOBO, Jorge. Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDONÇA, José Xavier de Carvalho. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 1 Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários aos artigos 55 a 69. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Empresarial: estudo unificado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, J. P. de. *Empresa individual e personalidade jurídica: algumas reflexões*. **Advocacia Geral da União**. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Wilson/Meus%20documentos/Downloads/empresindividualvepersjur-joaopaulo.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. *Os conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefícios*. São Paulo: LTr, 2009.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os princípios do Processo de Recuperação Judicial de Empresas. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre. ano X, número 56, vol. 1. fev/mar. 2005.

\_\_\_\_\_. *Análise econômica da recuperação judicial de empresas: princípios, jogos, falas e custos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PURIFICAÇÃO, Carlos Alberto da. *Recuperação de empresa e falência comentada*. São Paulo: Atlas, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. 2 ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2015.

SILVA, Américo Luiz Martins da. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. 3 e 4. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNDFELD, C. A. *Fundamentos de direito público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SZTAJN, Rachel. Comentários aos artigos 47 a 52. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional da empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TIMM, LUCIANO. Um novo Código Comercial é necessário?, *Valor Econômico*, de 31-10-2012, p. E2

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 60. São Paulo. Abr. 2013.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. Vol. 1, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresa*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2011.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Arts. 1 a 79. Vol. I. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1948.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito: Teoria da Norma Jurídica*. Vol. 1 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; Manoel Henriquez Garcia. *Fundamentos de Economia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIVANTE, Cesare. *Tratatto di Diritto Commerciale*, Vol I. I Commercianti. 4ª

Edizione. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1911.

WAISBERG, Ivo. O necessário fim dos credores não sujeitos à recuperação judicial. *In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.) 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil.* São Paulo: Quartier Latin, 2015.

WAISBERG, Ivo; WALD, Arnaldo. Artigos 47 a 49 da Lei 11.101/2005. *In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Org.). Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.* 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WALD, Arnaldo. *In: Ives Gandra da MARTINS FILHO, Ives Granda da; MENSE; Gilmar Ferreira; FRANCIULLI Netto, Domingos (Coord). O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale.* São Paulo: LTR, 2003.