

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

VICTOR DE SAULO DANTAS TORRES

**IMPUGNAÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL FACE À
SEGURANÇA JURIDICO-PROCESSUAL**

SOUSA – PB

2015

VICTOR DE SAULO DANTAS TORRES

**IMPUGNAÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL FACE À
SEGURANÇA JURIDICO-PROCESSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande-UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora(a): Prof.^a Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA – PB

2015

VICTOR DE SAULO DANTAS TORRES

**IMPUGNAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL FACE A
SEGURANÇA JURIDICO-PROCESSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande- UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora(a): Prof.^a Monnizia Pereira Nóbrega.

BANCA EXAMINADORA:

Data da aprovação: ____/____/____.

Prof.^a Monnizia Pereira Nóbrega

Orientadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho a minha querida Mãe, Teresinha Flor Dantas (*in memorian*), por todos os esforços que teve para que seus filhos tivessem a melhor educação.

As minhas Tias, Antônia Flor Dantas e Maria Flor Dantas, pelo apoio que sempre me prestaram e por acreditarem na minha capacidade.

Aos mestres e amigos que estiveram presentes em todos os momentos, dando coragem e força para a caminhada.

A todos vocês minha eterna gratidão e carinho.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradecer a minha querida e amada Mãe, Teresinha Flor Dantas (*in memorian*), por todo o amor que me deu desde o dia em que nasci até o seu último suspiro, por todo o esforço e dedicação que sempre teve para oferecer aos filhos as condições de estudo que nunca conseguiu ter, pelo exemplo de mulher, de esposa e de mãe, pelo que jamais esquecerei seus ensinamentos e palavras confortantes, por tudo isso sei que a ela é merecido o primeiro lugar em meu coração.

Também agradeço aos dois grandes pilares da minha vida, minhas Tias Antônia Flor Dantas e Maria Flor Dantas, que souberam me estender a mão e ajudar a superar o momento mais difícil de minha vida, quando ninguém mais a isso se dispôs, a elas devo mais do que possa um dia acumular em bens materiais, um amor verdadeiro e desprendido, um porto seguro para onde recorrer, e um apoio nas horas de maior dificuldade, o amor que por vocês tenho não é só de tias, mas de tias-mães.

Aos meus Padrinhos queridos, José Pires Ribeiro Nóbrega e Maria Aleuda de Oliveira Nóbrega, exemplos de cristãos e pessoas de bem, que a mim sempre foram caros e atenciosos, me recebendo em sua casa e me tratando como membro da família, são nas viagens até Bananeiras que sinto com bastante força o que é o aconchego de um lar, o acolhimento de um abraço e a alegria nas travessuras do pequeno José, são laços mais fortes que os de sangue nos unem.

À Dôra e Corrinha, que eram minhas mães enquanto está peregrinando pelo mundo à procura de recursos, que me viram crescer, dar os primeiros passos e dizer as primeiras palavras, o meu muito obrigado por existirem e continuarem fazendo parte da minha vida.

Aos grandes Mestres das Ciências, Charles Darwin, Carl Sagan, e David Attenborough, que me abriram os olhos a um mundo muito mais incrível, ousado e radiante do que as meras ilusões do sobrenatural, que me trouxeram o espírito questionador e inquietante por descobrir, estudar e entender os fenômenos com verdadeira paixão, por me libertarem através do uso da razão para aproveitar o máximo de felicidade que esta curta estadia como ser vivo possa me oferecer.

Agradeço aos Mestres Educadores, sem os quais não estaria hoje concluindo mais uma etapa da graduação acadêmica, a todos que durante o ensino fundamental e médio me proporcionaram o aprendizado necessário à construção do saber e a me desenvolver enquanto cidadão e ser humano, não poderia deixar de mencionar Maria do Carmo Gonçalves, Iran Lins, Paulo Andrade e Heberth Melo, pelo que seus esforços incansáveis renderam bons frutos e que hoje carrego sim um pouco da personalidade de cada um. Também aos que ao longo do curso desempenharam brilhantemente seu papel, Anrafel Lustosa (*in memoriam*), que soube instigar como ninguém a paixão pelo exercício da advocacia, Jailton Macena, pelo apoio e estímulo à produção científica, Padre Paulo Henriques, pela maestria com que ensinou Introdução ao Estudo do Direito, bem como pelos pontos que dava aos primeiros que terminassem a prova, Eduardo Jorge, que foi, é, e sempre será como um Pai para mim, por todo apoio e paciência que sempre despendeu para comigo, bem como os pontos pelas respostas dadas em sala, e por fim, mas não menos importante, Monnizia Nóbrega, por mostrar a realidade nua e crua da importância do estudo do Direito, pela paciência comigo durante toda a produção deste trabalho, pelo ponto que com muita luta e resistência consegui dela obter, e acima de tudo pelo seu caráter sério, quando necessário, e descontraído, quando possível, com suas ironias maravilhosas, seus R\$ 2,00 e o amor por chocolate.

Aos amigos do ontem, e do hoje, que jamais perderão seus lugares no meu coração, pois sabem que tem cadeira cativa e meu afeto eterno.

Meus parceiros do 3º ano do ensino médio, que apesar tempo continuam fazendo parte da minha vida, mesmo que à distância, pois não há distância que acabe aquilo de especial que compartilhamos.

Meus amigos Filipe Porfírio, pelo companheirismo, consideração e respeito com os quais sempre me tratou, Nelson Ferreira, que me viciou em Game of Thrones, o que bastante agradeço, e José Hérbon (Zé), amigo e companheiro do Instituto Butantã.

Ao pessoal lindo do SEBRAE Cajazeiras, Josefa Crispim (Zefinha), que com sua simplicidade e dedicação sinceros conquistou o direito de viver pra sempre no meu coração, Aláscia Lorena, que compartilhou de grande parte de nossa rotina, e Kleybson, jovem padawan, pelos muitos esforços físicos e mentais que movemos para colocar a agência para frente, a vocês o meu obrigado.

Minha best friend, Tanmires Maria, na companhia da qual passei enormes desventuras por terras distantes e carnavais sombrios, que nossa amizade seja mais forte do que qualquer adversidade que apareça em nossos caminhos.

Também minhas amigas queridas Tayane Oliveira, Mariana Xavier, Jorrana Campos e Carla Caroline, por todos os momentos, difíceis e alegres, que vivemos juntos nestes anos juntos em Sousa.

Minha outra best friend forever, Polyanna Figueirêdo, que no início dos tempos não parecia querer muita conversa, mas que hoje não sei viver sem, é como se fosse um pedaço de mim, pois sem ela todos esses anos de estudos na UFCG teriam se passado bem mais sombrios e difíceis, obrigado amiga, por estar ao meu lado quando precisei, por ser minha confidente e aguentar todos os meus dramas, por juntar sua risada à minha e me acompanhar com bom humor desde as idas e vindas na BR até os trabalhos acadêmicos e de extensão, feitos com muita dificuldade, realmente você é a amiga que eu sempre quis ter! S2.

E se por uma lado ganhei a amiga que sempre quis, por outro achei a Irmã que não tive, na pessoa de Renata Elisa, minha quase irmã e amiga querida, da qual a amizade tem um certo toque de parentesco, foram dois anos trabalhando muito na Agência do SEBRAE em Cajazeiras, meses de sofrimento estudando para a OAB, e cada momento que passamos juntos, fossem as noites trabalhando no Siac, ou os momentos de sono assistindo às aulas, em que dávamos as mãos para não dormirmos, cada passeio juntos, eu levo guardado no meu coração, e, se possível, também registrado em nossas fotos tradicionais. Minha flor, muitas coisas a vida ainda reserva para nós!

Aos amigos que fiz na van, colegas de BR e companheiros dispostas à toda obra, Clara Cartaxo, Denize Souza, Menino Edilson, Berg Night, Juliana Moreira, nossa eterna mascote e assistente social oficial da van, bem como os motoristas mais animados do sertão, Vital e Pimenta, mais do que dirigir, passaram a ser rostos familiares na diária lida pelo diploma.

Ao se falar de van, também não se pode deixar de mencionar os membros integrantes do atual Conselho Jurídico Intervans – CJI, formado pelos conselheiros Rafael Dorgival, dotado de grande e notório saber jurídico bem como detentor do título de presidente emérito, Lyvia Raquel, ryca, linda e poderosa, futura Delegada de Polícia, Renato Filgueira, sagaz e esperto, as já referidas Renata Elisa e Polyanna Figueirêdo, Eu Lírico (Vanessa Medeiros), e nosso querido e amado estagiário,

Bruno Avelino, autor de pareceres polêmicos e causador das melhores histórias. Na companhia de vocês me sinto mais feliz, mais forte, e tenham a certeza, não consigo imaginar minha vida hoje sem vocês, sem nossas noites do vinho, do bingo, da sofrência, da pizza, e do que mais vier, desejo que nosso Conselho se reúna indefinidamente, pois vocês têm garantia de inamovibilidade e vitaliciedade em meu coração.

Finalmente, agradeço nas pessoas de Marly Neves e Francisca Beatriz a todos os funcionários e terceirizados do CCJS por todo o apoio, educação e companheirismo que sempre dispensaram para comigo, tornando-se próximos a mim e a cada dia fortalecendo mais esse vínculo, com destaque especial ao pessoal da biblioteca e do restaurante universitário, que sempre souberam ser parceiros e ajudar quando preciso foi.

A vocês, que fazem parte dessa história, de minhas lutas e minhas vitórias, sem os quais não seria da forma que hoje sou, a vocês eu dedico este sonho que se realiza, meu muito obrigado!

“Para mim, é muito melhor compreender o universo como ele realmente é do que persistir no engano, por mais satisfatório e tranquilizador que possa parecer.”

Carl Sagan

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a segurança jurídico-processual das relações que se desenvolvem quando do processamento da Recuperação Judicial, mais especificamente na etapa de impugnação ao plano de recuperação. A necessidade de tal análise se justifica mediante a enorme importância do instituto para as empresas atingidas pela crise, ao que se busca uma intervenção do Estado no sentido de preservá-las e com isso proteger os interesses dos trabalhadores, consumidores, do fisco, do mercado e da sociedade como um todo. Adotou-se para tanto, como método de procedimento, o hermenêutico-jurídico, que consiste em compreender o Direito e interpretar as normas que o regulam. Foi manejado o método de abordagem o dedutivo-dialético, baseado na argumentação e contra-argumentação em relação a fatos supostos, utilizando-se como técnica de pesquisa a bibliográfica, a análise documental, e a explicativa, onde serão avaliados os dispositivos em questão, o Direito Comparado, e fontes diretas e indiretas. Diante o valor que ocupa dentro do cenário empresarial, a Recuperação Judicial se mostra como instituto inovador, em substituição à antiga Concordata, é esta fruto de uma evolução histórica do Direito Falimentar e Empresarial, no que se deixa de lado um processo moroso e que não conseguia plenamente resguardar os interesses de credores e devedor para adentrar numa nova etapa da legislação nacional, direcionada em promover a satisfação do crédito aliada à reorganização e soerguimento da empresa que demonstre ter viabilidade econômico-financeira. Trata a Lei de Recuperação de Empresa de um procedimento de natureza civil com rito especial, daí porque dotada é de princípios e regras de direito material e processual que lhes são próprios. Em face de suas peculiaridades, há que se analisarem as obscuridades e problemas que se levantam quando da aplicação da lei ao caso concreto, dentre eles o problema da impugnação oferecida por credor que figure de forma ilegítima dentro do quadro geral homologado pelo juiz. Há no tocante a isto uma verdadeira celeuma processual devido à ausência de norma que regule tal situação tanto no próprio corpo legal quanto no processo civil como um todo, em virtude de suas especialidades encontra-se na lei uma lacuna processual que provoca a desconfiança e o sentimento de prejuízo dos que atuam no processo, revelando uma causa lesiva da segurança jurídica no processo. Na comparação com o Direito estrangeiro percebe-se que, a fim de evitar situações de dubiedade, o magistrado goza de poderes para decidir sobre o mérito das questões que se inserem como prejudiciais à aprovação do plano de recuperação, conquanto a legislação pátria o coloque como mero revisor dos requisitos legais que precise o devedor apresentar junto ao plano. Nessa estiva, o que se observa é o antagonismo de resultados levado a níveis principiológicos, em que a noção de prejuízo aos direitos creditórios se mostra iminente, bem como a possível perda do prazo suspensivo de execuções contra a empresa devedora. Tenta-se diante disso resolver este impasse pelo uso da Teoria da Colisão, utilizando os critérios da proporcionalidade, necessidade e adequação para propor um modelo viável à manutenção da segurança jurídica e do prestígio do instituto frente às possibilidades jurídicas e fáticas realizáveis.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Plano. Impugnação. Credor ilegítimo. Segurança jurídico-processual.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the juridical and procedural security of the relations that develop when the processing of the Judicial Recovery, specifically in impugnation to the recovery plan step. The need for such analysis is justified by the enormous importance of the institute for companies hit by the crisis, when seeks for a government intervention in order to preserve them and with that protect the interests of workers, consumers, the tax authorities, the market and the society as a whole. Was adopted for this, as a method of procedure, the hermeneutic-juridical, who consist in understand the law and interpret the rules that govern it. Was handled the method of deductive-dialectical approach, based on the arguments and counter-arguments in relation to alleged acts, using like research technique the bibliographic, document analysis, and explanatory, where will be assessed the devices concerned, the Comparative Law, and direct and indirect sources. Given the value that occupies within the business scenario, the Judicial Recovery shows himself like an innovative institute in replace to the old concordat, this is the result of a historical evolution of the Bankruptcy and Business Law, in which sets aside a sluggish process and who could not fully protect the interests of creditors and debtor to enter in a new stage of national legislation, directed to promote the settlement of that claim together with the reorganization and uplift of the company who provides evidence of economic and financial feasibility. Treat the Company Recovery Act of a civil nature procedure with special rite, hence why is endowed of principles and rules of substantive and procedural law who are own to them. In view of its peculiarities, it's necessary to examine the obscurities and problems that arise when by the applying the law to the concrete case, including the problem of the impugnation offered by the creditor who figurate in an illegitimate form within the general framework approved by the judge. There concerning to this a true procedural stir by the absence of a rule to regulate such a situation both within the statutory body as the civil process as a whole, by virtue of their speciality it's found in the law a procedural gap that causes feeling of distrust and damage in those who act in the process, revealing a harmful cause to the juridical security in the process. In a comparison to foreign law is perceived that, in order to avoid situations of ambiguity, the magistrate enjoys powers to decide about the merits of the issues that fall as harmful to the approval of the recovery plan, although the homeland legislation put him like a mere reviewer of the legal requirements who should be presented by the debtor together the plan. In this stowage, what is observed is the antagonism of results taken to principled levels, in which the notion of prejudice to creditors rights is shown imminent, and the possible loss of the term of suspension of executions against the debtor company. Tries in front of it resolve this impasse by the using of collision theory, using the criteria of proportionality, necessity and adequacy to propose a viable model for the maintenance of the juridical security and the prestige of the institute in the face of the possibilities juridical and factual achievable.

Keywords : Judicial Recovery. Plan. Impugnation. Illegitimate Creditor. Juridical and Procedural Security.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

DL – Decreto-Lei

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código do Processo Civil

LC – Lei de Concursos e Quebras

LFC – Lei de Falências e Concordatas

LRE – Lei de Recuperação de Empresa

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O DIREITO FALIMENTAR E A EMPRESA EM CRISE	18
2.1 SURGIMENTO DAS OBRIGAÇÕES E O PRINCÍPIO GERAL DA SOLVABILIDADE JURÍDICA.....	18
2.2 HISTÓRICO DO DIREITO FALIMENTAR.....	21
2.3 A EMPRESA EM CRISE.....	31
3 LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA – ANÁLISE JURÍDICA	37
3.1 TRANSIÇÃO DA LFC PARA A LRE.....	37
3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES.....	40
3.3 ASPECTOS GERAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	43
3.4 PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	50
4 A IMPUGNAÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO E O CREDOR ILEGÍTIMO	56
4.1 A IMPORTÂNCIA DA IMPUGNAÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO.....	56
4.2 A QUESTÃO DO CREDOR ILEGÍTIMO.....	59
4.3 A APROVAÇÃO DO PLANO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.....	62
4.4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA COLISÃO.....	70
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

O presente cenário jurídico do Direito Empresarial traz como supedâneo a importante referência à função social da empresa. Tal fato deve-se em parte a Constituição Federal de 1988, que traz em seu art. 5º, inciso XIII, a expressa previsão de que a propriedade atenderá a sua função social, dessa forma, e juntando-se ao recente fenômeno da unificação do Direito Privado pelo Código Civil, tem-se que tal previsão constitucional não se refere apenas à função social da propriedade urbana ou rural, mas também à própria atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, qual seja o moderno conceito de empresa trazido pelo Diploma Civilista em seu art. 966.

Assim, enxerga-se a atividade empresarial como dotada também de um papel social, de dever-importância digna de ser alcançada pelos preceitos jurídicos positivos. Contudo, tal função não necessariamente se realiza por via de ações filantrópicas ou de caráter humanitário que porventura venha a empresa a promover, tal função é vislumbrada por diferentes prismas dentro da atividade que desenvolve, seja de forma ativa, como na geração de riqueza, manutenção de empregos, recolhimento de tributos, desenvolvimento tecnológico, movimentação do mercado econômico, ou na de abster-se de determinadas condutas prejudiciais, como a concorrência desleal, a poluição do meio ambiente, uso de mão de obra escrava ou infantil. Diante dos citados argumentos, vê-se a importância conjugada da função social da empresa com o princípio da preservação da empresa, visto que como agente privatista de contribuição para o desenvolvimento social, esta se torna importante para o Estado, vindo a ser protegida.

Contudo, apesar da proteção da empresa por parte de tal princípio, a realidade do mercado capitalista que é vivenciada todos os dias pelos empresários não deixa margem a erros, de tal forma que algumas empresas se veem à margem de fatores negativos que ameaçam sua continuidade dentro da atividade desenvolvida, quais sejam, a falta de experiência em gestão, crises mundiais e recessão financeira, dificuldades em acompanhar a evolução do mercado, inadimplência, dentre inúmeros outros, o que acaba por desencadear reflexos no

cumprimento de suas obrigações, quitação de salários, aquisição de matérias primas e financiamentos bancários.

À vista de tal situação, em alguns casos as empresas conseguem se reerguer com ajuda financeira externa, investimentos e outras soluções de mercado, porém tais soluções são raras e levam muito mais em consideração a real atratividade lucrativa da empresa para a instituição financeira ou o investidor.

Aparentemente o destino das empresas que não encontram tais soluções de mercado é o encerramento de suas atividades, desta forma criou o Estado uma importante arma para a proteção da empresa que se encontra em crise econômico-financeira, a Lei de Recuperação de Empresa (Lei 11.101/2005 – LRE), que exatamente em seu art. 47 justifica a intervenção estatal na esfera privada, através do Poder Judiciário, num processo de Recuperação Judicial, a fim de proteger a empresa e zelar pelos vários interesses de ordem pública e da sociedade que gravitam em torno dela.

Tal procedimento figura entre os ritos especiais do Direito pátrio, com regras próprias previstas na Lei 11.101/05 – LRE, sendo possível sua sistematização em fases distintas: apresentação de pedido de recuperação judicial, habilitação de credores, apresentação do plano de recuperação judicial, impugnação do plano de recuperação, deliberação da assembleia geral de credores, e por fim rejeição ou homologação do plano de recuperação. Apesar de não serem todas de obrigatoriedade ocorrência durante o processamento, cada qual possui relevada importância para assegurar e resguardar direitos dos interessados no resultado.

Cada uma das citadas fases envolvem prazos e procedimentos que, sob um olhar mais atento, trazem uma série de consequências de ordem primária aos envolvidos no procedimento, apesar de não ser um contencioso, desencadeando fatores que podem vir a trazer prejuízo de muito difícil reparação, tanto ao credor quanto ao devedor, como a convolação em falência, prevista no art. 53 da LRE no caso da não apresentação do plano de recuperação no prazo legal de 60 (sessenta) dias da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, a publicação do edital para impugnação do plano de recuperação, que se opera sem a intimação dos credores habilitados, o que leva à necessidade de constantes acompanhamentos da situação processual no juízo da falência, e também a ocorrência de dois procedimentos concomitantes, nomeadamente o processo de habilitação de credores e o de apresentação do plano de recuperação, que, por

razão dos prazos específicos delineados no corpo da LRE podem vir a causar um problema muito particular, mas de grandes reflexos patrimoniais, a proposição de impugnação do plano de recuperação por credor posteriormente excluído da lista de habilitação de credores. Sabe-se que a impugnação ao plano de recuperação faz com que, além de não ser homologado ao fim do prazo de impugnação, seja convocada a Assembleia Geral de Credores, que irá deliberar sobre a viabilidade do plano de recuperação proposto pelo devedor, atentando para as causas expostas na impugnação apresentada.

Devido à ocorrência concomitante de procedimentos dentro da recuperação judicial a possibilidade de ocorrer a apresentação do plano de recuperação judicial durante a etapa de habilitação de créditos é bastante concreta e razoável, contudo, os prazos impostos para tais feitos deixam margem à ocorrência de um problema de ordem processual, a prática de um ato de suma importância para os credores, qual seja o oferecimento de impugnação ao plano de recuperação judicial, por parte de um credor que venha a ser excluído da lista de credores, seja por seu crédito estar prescrito, ou pela obrigação já ter sido quitada ou qualquer outra forma que o torne impossibilitado de figurar como interessado no processo.

Este último resultado apresentado não obtém previsão legal dentro da LRE e nem correspondente no CPC, visto tratar-se de situação específica de um rito especial, o que acaba por gerar uma incerteza jurídico-processual sobre o destino do ato processual aqui referido. Logo, o problema reside na apreciação ou não de tal impugnação, se seria cabível sua apreciação pela Assembleia Geral de Credores, ou se seria tida como inválida, ambos gerando reflexos patrimoniais que o Estado não pode ignorar. A falta de previsão dessa situação na própria LRE faz como que o magistrado se veja numa difícil situação, entre homologar o plano de recuperação ou convocar os credores para a Assembleia, tendo em vista a ameaça de lesão apresentada na impugnação ao plano.

Tal impasse não pode ser tolerado pelo nosso sistema jurídico pátrio, que em caso de lacunas não permite ao judiciário uma ação omissiva, devendo o juiz despachar em um ou em outro sentido, fundamentando sua decisão para a garantia da segurança jurídica do direito brasileiro perante o jurisdicionado e a certeza das relações processuais.

Nesse contexto, o objetivo geral do presente estudo será direcionado à análise da LRE em busca de depreender o procedimento do rito da recuperação

judicial e suas consequências para credores e devedor, e terá como objetivos específicos o levantamento histórico da evolução do Direito Falimentar até o surgimento da Recuperação Judicial, a promoção da compreensão de como se dá o processamento da impugnação do plano de recuperação judicial por credor posteriormente excluído da lista de credores, a descrição dos instrumentos jurídicos de garantias processuais, e a propositura de uma solução viável para o problema abordado com o escopo de prevenir possíveis prejuízos aos interessados no processo de recuperação judicial.

O método de procedimento a ser utilizado na pesquisa será o hermenêutico-jurídico, que consiste em compreender o Direito e interpretar as normas que o regulam. De modo que no presente trabalho há que se proceder a análise das legislações, princípios, jurisprudências e doutrinas referentes à temática, não só visando apreender seu conteúdo, como também interpretar e sistematizar a norma jurídica.

Será utilizado como método de abordagem o dedutivo-dialético, que parte de considerações gerais que serão confrontadas com outras realidades e teorias para se obter uma conclusão particular. Suas conclusões são baseadas na argumentação e contra-argumentação em relação a fatos supostos, que não podem ser demonstrados, ao que se constituirá uma nova tese. Como técnica de pesquisa se terá a bibliográfica, a análise documental, e a explicativa, onde serão avaliados os dispositivos em questão e extraído seu objeto, o Direito Comparado, e fontes diretas e indiretas.

Para promover um melhor entendimento sobre o tema, o presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro irá discorrer sobre as origens do crédito, da insolvência, a evolução histórica do Direito Falimentar, e a situação de crise pela qual atravessa a empresa devedora. O segundo tratará de explicitar as inovações legislativas trazidas pela LRE, bem como seus princípios informadores e as fases do processamento da Recuperação Judicial. Por fim, o terceiro capítulo trará a apresentação do problema, destacando a importância da etapa de impugnação ao plano recuperatório, seguido pela descrição da situação hipotética da objeção feita por credor ilegítimo que venha a ser excluído do quadro geral de credores, bem como sua possível solução pelo uso da Teoria da Colisão de Princípios de Robert Alexy.

Vê-se, portanto, que a temática do presente trabalho é de suma importância para o estudo e a prática processual que envolva a LRE, pois envolve importantes aspectos patrimoniais que se refletem sobre a sociedade e o mercado, interferindo diretamente na realidade nacional.

2 O DIREITO FALIMENTAR E A EMPRESA EM CRISE

Pode-se dizer que há uma nítida relação entre o Direito Obrigacional e o Direito Falimentar, posto que ambos tem como importante elemento o crédito, e que de sua inadimplência nasce a necessidade daquele último, quando a empresa, importante elemento econômico e social, entra em dificuldades de fatores diversos que influenciam negativamente em sua capacidade de cumprir com seus contratos e saldar suas dívidas.

Nesse contexto, a tutela do organismo empresarial em crise caberá ao arcabouço normativo destinado à insolvência do devedor empresário, que tentará em primeiro plano a sua reestruturação e reorganização, e quando não o for possível, a sua retirada do mercado. Tal instrumento se insere em uma ótica evolutiva, fruto de um processo histórico de refinamento que culminou com o caráter atual de busca pela recuperação do agente econômico e preservação dos interesses público e social.

2.1 SURGIMENTO DAS OBRIGAÇÕES E O PRINCÍPIO GERAL DA SOLVABILIDADE JURÍDICA

De acordo com os ensinamentos de Stolze e Pamplona¹ o Direito Obrigacional pode ser entendido como conjunto de normas e princípios jurídicos reguladores das relações patrimoniais entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incumbe o dever de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Porém, faz-se necessário entender o contexto histórico que levou a este entendimento, tendo em vista que o direito é um processo de construção histórica, e reflete em cada época a sociedade para a qual foi desenvolvido .

Em um passado primitivo, em que os grupos humanos eram nômades e mantinham pouco contato uns com os outros, o surgimento de pequenas trocas

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Obrigações. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1-2.

entre eles, o escambo, deu origem ao que pode ser compreendido como o início do Direito Obrigacional. Contudo, com o desenvolvimento da agricultura e da pecuária, e o conseqüente estabelecimento das comunidades em locais fixos proporcionaram a oportunidade para que houvesse a evolução de tal instituto.

Assim, as trocas meramente casuais acabaram por se tornar mais frequentes, dado o excesso da produção e a proximidade com outros indivíduos, surge então a figura da moeda, objeto dotado de determinado valor que servia comumente para realizar as operações de troca². Possibilitando, diante desse cenário, o acordo de vontades entre os indivíduos que pactuam a obrigação para que o pagamento fosse feito em momento posterior à entrega do bem, surge então a ideia de crédito como prática do ato jurídico de execução diferida, remetendo-se ao futuro a prestação devida pela outra parte.

Foi esse entendimento, de prolongar no tempo a execução da obrigação em substituição ao imediatismo das relações, que possibilitou o desenvolvimento humano até o patamar das relações jurídicas tal qual existe hoje, criando as figuras do credor e do devedor, marcando o início da economia de mercado. Sendo o crédito o responsável pela dinamicidade das relações empresariais, em que não se faz necessária a locomoção com enormes somas de valores em forma física, assim, contratos podem ser firmados à distância e com muito mais rapidez, pela garantia que faz o título, da percepção dos valores em momento posterior e certo, enfim, a circulação de riquezas e o crescimento do mercado são fatores que estão atrelados intimamente, graças a este importante invento.

Permanecendo nesse raciocínio, o que se espera da parte devedora é o adimplemento voluntário da obrigação no prazo pactuado, tendo-se por certo que as obrigações nascem para serem solvidas. A própria origem dos vocábulos utilizados demonstra a ideia do cumprimento voluntário, obrigação, do latim *obligatura*, que se traduz por ligadura, ligação entre duas partes, e solver, do latim *solvere*, que significa desunir, desatar, assim, a obrigação é o vínculo formado entre duas partes, enquanto a solução, em sentido de solver, e a extinção do vínculo entre estas³.

Apesar de em um primeiro momento esperar-se que a solução da obrigação se dê de forma espontânea, tal não ocorria sempre assim, de modo que o

² PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A função social da empresa e o novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3763>>. Acesso em: 20 fev 2015.

³ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresa. v. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4.

inadimplemento da obrigação gerava uma relação jurídica conflituosa, em que o credor deseja receber e o devedor nega-se a fazê-lo voluntariamente, e diante dessa pretensão resistida, quando não mais admitida nas sociedades clássicas a justiça privada por meio da autotutela, o uso do poder Estatal se fazia necessário para compelir coercitivamente o devedor a saldar a dívida, estabelece-se assim a execução estatal sobre o devedor com fito em satisfazer o crédito não adimplido.

Como princípio basilar do cumprimento da obrigação surge no contexto da execução o princípio geral da solvabilidade jurídica, segundo o qual para o adimplemento das obrigações de uma pessoa respondem todos os seus bens e créditos, supondo-se uma condição que haja patrimônio em valor suficiente para solver as dívidas no momento em que estejam vencidas⁴. Trata-se de regra geral que abarca raras exceções, a exemplo do bem de família e das verbas de caráter alimentar, possuindo supedâneo no ordenamento pátrio nos arts. 91 e 391 do Código Civil⁵.

Essa presunção de que o credor possui patrimônio líquido suficiente para solver suas dívidas é o que pode ser chamado de solvabilidade, ou seja, a qualidade de dar cumprimento, voluntária ou forçadamente, às suas obrigações. Entretanto, existem situações em que o patrimônio negativo do devedor supera a quantidade de bens e créditos, nesse instante é verificada a insolvência, qual seja a incapacidade de solver.

No momento em que tal ocorre, as regras da execução individual não mais se justificam, entendida esta como a mera resistência ao cumprimento da obrigação, pois o que realmente acontece é a impossibilidade de saldar todos os débitos, o que significa que nem todos credores terão seu crédito satisfeito. Para tanto surge a execução coletiva, formatada como verdadeiro concurso de credores, em que ocorre o levantamento dos bens do devedor, levando em consideração para sua repartição o interesse público de que certos créditos tenham preferência, haja vista ocuparem situação privilegiada, e que haja um tratamento dos credores de mesma classe em igualdade de condições, esta última exigência é conhecida também como princípio da *par conditio creditorum*⁶.

⁴ Ibidem. p. 6.

⁵ Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2002.

⁶ Princípio do tratamento igualitário dos credores.

Diante desse cenário de insolvência o direito pátrio faz a separação entre a insolvência civil e a empresarial, regendo-se a primeira pelas regras do Código Civil e a última pela Lei 11.101/2005 – LRE, denominando-se falência a execução coletiva do empresário ou sociedade empresária insolvente.

2.2 HISTÓRICO DO DIREITO FALIMENTAR

Todas as sociedades da Antiguidade desenvolveram formas para que as obrigações, públicas ou privadas, fossem resolvidas, algumas prestigiando o uso da autotutela, a justiça privada, já outras transferiam o poder para exigir o cumprimento coercitivo às mãos do Estado. Na Mesopotâmia o Código de Hamurabi, em seus arts. 115 ao 118, previa o oferecimento de pessoas como garantia por dívidas, em seu art. 54 a venda como escravo daquele que não pudesse saldar obrigação decorrente de ato ilícito, na Índia, o Código de Manu estabelecia o trabalho forçado, proibindo o excesso, no Egito e na Grécia o devedor vendia-se como escravo para saldar a dívida⁷.

É possível traçar uma linha histórica das bases do atual sistema do Direito Falimentar dividindo-o em quatro fases distintas, a partir do Direito Romano, ramo comum a todos os países que utilizam o sistema da *civil law*, passando então para o Direito Medieval, que tem seu desfecho com edição no Código Comercial Francês de 1807, marco do Direito Moderno e da Teoria dos Atos de Comércio, e por fim o Direito Contemporâneo, abalizado pela Teoria da Empresa e, em específico, pelo princípio da viabilidade econômico-financeira da empresa.

Assim primeira fase do Direito Romano a obrigação tinha caráter essencialmente pessoal, vigia o direito quiritário, período mais primitivo deste direito, diz-se que a execução dava-se sobre o corpo do devedor e pela mão do credor (*manus iniectio*), podendo aquele ser adjudicado a este por até sessenta dias, permanecendo em estado de servidão e cárcere, até que saldasse sua dívida, e, em não o fazendo, poderia ser vendido como escravo no estrangeiro, para além do rio

⁷ CARVALHO, Albadilo Silva. Recuperação judicial da empresa com fundamento no princípio da viabilidade econômico-financeira. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1730>> Acesso em: 20 fev 2015.

Tibre (*trans Tiberim*), ou morto numa trágica execução coletiva em que os pedaços seriam repartidos de acordo com o número credores.

Segundo Fazzio Júnior⁸, tal estado era considerado o *capitis diminutio máxima*, ou seja, o maior decaimento da condição social, perdendo o devedor sua cidadania, sua liberdade e, em decorrência desta, sua vida.

Com a Lei das XII Tábuas surgem as primeiras linhas diferenciadoras da execução singular e da coletiva, apesar de se manterem quase todos os preceitos do direito quirritário, dando-se 30 (trinta) dias para que o devedor pagasse sua dívida, passados os quais estaria este sobre as mãos do credor. Nasce o contrato chamado *nexum*, mediante o qual o devedor se obrigava a prestar serviços como escravo ao credor até o pagamento da dívida, evitando assim a execução.

Em 737 a.C. a *lex iulia* cria *cessio bonorum*, em que o devedor por sua iniciativa fazia cessão de seus bens ao credor para vendê-los separadamente, por intermédio de um curador, fazendo rateio com os demais credores, desta forma o devedor de boa-fé escaparia da prisão e da infâmia.

Com a promulgação em 326 a.C. da *lex poetelia papiria* há o fim da execução sobre o corpo do devedor, a responsabilidade sobre a obrigação deixa de ser pessoal, proibindo-se expressamente a morte ou a venda como escravo, finda-se assim a *manus iniectio* e o *nexum*, a garantia do credor passa a ser o patrimônio do devedor.

No período pretoriano, última fase do Direito Romano, também conhecido como *ius honorarium*, com o pretor Rutilio Ruffo, houveram os maiores avanços na formulação de um verdadeiro processo de execução, semelhante à falência, dada a possibilidade de criação e revisão do Direito Civil existente através de editos, contudo, não houve até o fim do Direito Clássico uma distinção formal entre a execução do devedor civil e do comerciante. Foi nesse período que se instituiu a *missio in bona*, em que o devedor perdia a administração de seus bens, passando-os a um curador, figura esta semelhante à do atual administrador judicial. Nas palavras de Carvalho de Mendonça⁹:

O credor ou credores, munidos de sentença, procuravam o magistrado que, *causa cognita*, autorizava por decreto a *missio in bona* e, em virtude desta,

⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7.

⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Das falências e dos meios preventivos de sua declaração. v. 1. São Paulo: Typographia Brazil de Carlos Gerke & Cia, 1899, p. 2.

entravam na posse de todos os bens do devedor, procedendo depois à venda mediante determinadas formalidades. A *missio* não despia o devedor da propriedade nem da posse jurídica de seus bens; privava-o apenas da administração, que passava ao *curator*, nomeado pelo magistrado *ex consensu majoris partes creditorum*. O patrimônio constituía um penhor em benefício dos credores.

O credor então daria publicidade ao processo de penhora, para que os outros credores viessem a concorrer, dentro de trinta dias. Passado o prazo sem pagamento, o curador alienaria os bens pela melhor oferta, sucedendo o arrematante ao devedor a título universal, em seguida far-se-ia a divisão do montante arrecadado na proporção e ordem legal referente a cada um deles.

Segundo Fazzio Júnior¹⁰:

Na última fase do direito clássico, já surgiram a administração da massa falida, a assembleia de credores, a classificação de créditos, a revogação dos atos fraudulentos do devedor e, sobretudo, a regra essencial da *par conditio creditorum*.

Percebe-se, desta forma, que grande parte dos institutos do Direito Falimentar tiveram sua semente fundada dentro do período romano, que espalhou por toda a Europa e mais tarde pelo mundo seus conceitos, assim servindo de molde para os estatutos legais desenvolvidos posteriormente.

Com as invasões bárbaras e a queda do Império Romano Ocidental, a inovação do Direito Falimentar sofre um declínio, conservando-se inalterado por quase toda a Alta Idade Média, a exceção do fortalecimento do ente Estatal, que toma para si o monopólio da execução, pondo fim a execução por mão própria e coibindo os abusos de caráter privado, ressaltando seu cunho patrimonial porém sem deixar de lado o caráter penal com que eram tratados os insolventes, ainda sujeitos por vezes ao cárcere e à infâmia.

Com o início da Baixa Idade Média, mais especificamente no séc. XIII, com o expressivo aumento da atividade econômica, o Direito Comercial floresce por toda a Europa, especialmente no norte da Itália. É a época do fim das cruzadas e do início das grandes navegações e do redescobrimiento do comércio, emerge um novo Direito Comercial, informal e cosmopolita. Com o surgimento de novas cidades, artesãos e comerciantes organizam-se na forma de Corporações de Ofício, formando-se um Direito Comercial baseado nos usos e costumes das corporações,

¹⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 7.

posteriormente compilados em forma de estatutos, de forma que cada cidade possuía seu próprio estatuto e cônsules eleitos pelas corporações decidiam as causas entre as partes. Nas lições de Mendonça¹¹:

O velho direito italiano foi, pode-se dizer, o laboratório da fallencia moderna. Introduziu a designação normal dos syndicos; o balanço; exame de livros e contas; a verificação do activo e passivo; a publicidade da fallencia; a exigibilidade das dividas a prazo; o período suspeito; a privação do fallido da administração de seus bens; a distribuição de dividendos proporcionaes á importância dos créditos, salvas as preferencias hypothecarias e privilegiadas; a prestação de alimentos ao fallido em certos casos; o accordo entre o fallido e os syndicos representantes dos credores e approvedo pela maioria destes, obrigando a todos os outros ausentes e dissidentes; a cessão de bens concedida aos fallidos casuaes etc. (sic)

Durante essa época houve a diferenciação entre a falência do devedor comercial e do civil, alguns estatutos excluíaam o falido de todo e qualquer benefício da classe comerciante, outros o privavam do direito à cidadania, o que se estendia também aos filhos e herdeiros, permanecendo em todos os casos o caráter penal, que variava do cárcere até a mutilação. O falido continuava a ser recoberto pelo estigma da infâmia, tido como fraudador, réprobo social, alvo de severas medidas penais e da perda total do patrimônio, nascendo o termo falência também nesse período, do latim *fallare*, que significa falsear, pressupõe-se a ideia do falido como criminoso¹².

Neste cenário, preponderam as cidades italianas de Florença, Veneza, Milão e Gênova, as quais exerciam forte influência sobre o Direito dos países próximos, em especial o francês, dado seu forte comércio. Nelas surgem primordialmente e com extrema nitidez a execução de caráter coletivo, estando sua finalidade pautada na liquidação do patrimônio devedor. Incidia-se a falência, sobre devedor comerciante ou não, em três hipóteses: a requerimento do credor, a pedido do devedor ou em caso de fuga deste¹³, esta última até um pouco compreensível, destacadas as rigorosas penas impostas, o devedor buscava de todos os meios lícitos e ilícitos para escapar, recorrendo como último recurso à fuga. Assim, o devedor fugitivo ou que se ocultava era presumido insolvente, promovendo-se desde logo a arrecadação do patrimônio remanescente. Havia casos em que o devedor

¹¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Op. cit. p. 5.

¹² CARVALHO, Albadilo Silva. Op. cit.

¹³ Ibidem.

poderia retornar, ao que, munido de salvo-conduto lhe era permitido adentrar na cidade sem ser preso, e assim concluir concordata com seus credores.

Ultrapassado o período medievo, o Direito Comercial Moderno emerge fortemente marcado pela edição do Código Comercial Francês de 1807. Com o fim da Revolução Francesa e ainda sobre a forte influência do Direito Italiano, a França inova ao estabelecer a separação entre o devedor comerciante e o civil, bem como fortes restrições ao falido. Marcadamente influenciada pela Teoria dos Atos de Comércio, essa dicotomia é fruto da própria acepção do conceito de comerciante, qual seja aquele que pratica os atos previstos na lei.

Segundo Coelho¹⁴:

Na lista dos atos de comércio não se encontravam algumas atividades econômicas que, com o tempo, passaram a ganhar importância equivalente às de comércio, banco, seguro e indústria. É o caso da prestação de serviços, cuja relevância é diretamente proporcional ao processo de urbanização. Também da lista não constavam atividades econômicas ligadas à terra, como a negociação de imóveis, agricultura ou extrativismo.

Gradativamente a legislação passou a refletir o caráter econômico-social, resultado das profundas alterações pelo qual passou o Direito Comercial, difundindo-se por todo o mundo ocidental e refletindo no Direito Português, aplicado vastamente no Brasil até a edição de uma legislação pátria, com o advento da independência.

Assim, as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446, foram, com o início da colonização do Brasil em 1500, a primeira forma de Direito vigente em solo nacional, bem como de vários outros territórios conquistados por ocasião das grandes navegações portuguesas. Em 1521, por ordem do Rei D. Manoel as Ordenações Afonsinas foram revistas, surgindo as Ordenações Manuelinas, que regulavam o concurso de credores, quando o patrimônio do devedor não bastasse para solver as dívidas, orientado ainda pelo princípio do exequente.

Em 1603, durante o domínio espanhol sobre Portugal, surgem as Ordenações Filipinas, as quais tiveram maior influência sobre o Brasil, devido ao florescimento da colônia e da atividade mercantil. Nesta fase, o devedor culposo, condenado por sentença judicial transitada em julgado era, desde logo, executado e tinha penhorados seus bens, sem bens seria então conduzido ao cárcere até que pagasse

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.

a dívida ou promovesse a cessão de bens, e em não a pagando sofreria as penas, variando de degredo até a morte. Contudo, ao devedor de boa-fé, vitimado por grandes perdas no mar ou nos tratos em comércios lícitos, era concedido diferente tratamento, direcionando-se os autos Prior Cônsules do Consulado, para concertar e compor com seus credores conforme seu regimento¹⁵.

Em decorrência de graves terremotos que assolaram a cidade portuguesa de Lisboa e adjacências, seguidas de maremotos e incêndios, o Marquês de Pombal, com o objetivo de reorganizar a atividade das empresas no país, muitas delas conduzidas a um estado de insolvência em decorrência da catástrofe, outorga o Alvará de 13 de novembro de 1756, que, dentre suas inovações, é o primeiro a fazer distinção entre a falência casual ou sem culpa e a falência dolosa ou criminosa, distinção essa que mais tarde passou a ser adotada em outros sistemas normativos¹⁶.

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808, por ocasião da ocupação de Portugal pelas tropas napoleônicas, insurge o embrião do que futuramente se tornaria o Direito Comercial nacional, com a Carta Régia de 28 de janeiro do mesmo ano, onde D. João VI determinava a abertura dos portos brasileiros às nações amigas. Ainda em 1808, a edição de três outros alvarás imperiais alavancaram a economia: o de 1º de abril, permitindo o livre estabelecimento de fábricas e manufaturas; o de 23 de agosto, criando no Rio de Janeiro a Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação; e o de 12 de outubro, criando no Rio de Janeiro o primeiro banco nacional, o Banco do Brasil. Nesse período, ainda vigia a Lei da Boa Razão, de 10 de agosto de 1769, a qual autorizava a invocar, subsidiariamente, nas questões mercantis, as normas legais de outras nações, de forma que urgia uma legislação efetivamente nacional, dado o fenômeno do crescimento econômico e comercial¹⁷.

O Direito Falimentar Brasileiro, e o Comercial como um todo, nasce efetivamente após a independência do país, em 07 de setembro de 1822, com a edição do Código Comercial Imperial de 1850, filiado à Teoria dos Atos de

¹⁵ CARVALHO, Albadilo Silva. Op. cit.

¹⁶ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 492

¹⁷ FERREIRA, Felipe Alberto Verza. Função social da empresa. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6967>>. Acesso em: 20 fev 2015.

Comércio, e que tratava em sua Parte III sobre a Quebra, da insolvência do devedor empresário, compreendida como a cessação de pagamentos.

A doutrina crítica¹⁸ esta primeira tentativa legislativa pelo uso de conceitos vagos, como o do próprio comerciante, definido como aquele, pessoa física ou jurídica, que exerce, habitual e profissionalmente, em nome próprio e com finalidade de lucro, a mercancia, termo este muito subjetivo e vago, conquanto fosse necessário elencar quais seriam tais atos, a semelhança das legislações europeias, que adotavam o conceito objetivo, coube então ao Regulamento nº 737, de 28 de novembro de 1850, discriminá-los.

Esta primeira fase do Direito Falimentar no território nacional foi frustrada em parte pela ausência de conceitos precisos para indicar o momento da quebra, sendo então editado para este fim o Decreto Republicano nº 917, de 24 de outubro de 1890, constituindo sua segunda fase, considerando agora o estado de falência como sendo caracterizado pelos atos e fatos previstos na lei, principalmente pela impontualidade dos pagamentos, instituindo como formas de inibir a declaração de falência a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva¹⁹. Para fazer uso dos benefícios que oferecia o Direito Comercial deveria o comerciante, pessoa física ou jurídica, estar matriculado nos Tribunais do Comércio do Império, o comerciante de fato estava afastado de sua aplicação.

Com a Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908, tem-se a terceira fase do Direito Falimentar nacional, quando houve o aperfeiçoamento dos princípios informadores do Decreto nº 917, em que se corrigiram algumas imperfeições. Como última fase do Direito em exame, no Brasil, dentro ainda da era moderna, está o Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Esta lei definiu a falência muito restritamente, considerando-a a ser declarada se o comerciante não paga, no vencimento, obrigação líquida, constante de título que legitime a execução, sem relevante razão de direito para não fazê-lo.

Neste momento, o processo falimentar era orientado para buscar o acerto da situação jurídica do devedor falido, concebendo-se sua divisão em dois blocos distintos, embora não formalmente separados, uma fase cognitiva, onde era procedida a arrecadação de bens e a formação da massa falida, e uma fase de liquidação do patrimônio, alienando-se os bens da massa para o pagamento no

¹⁸ CARVALHO, Albadilo Silva. Op. cit.

¹⁹ Ibidem.

limite da expressão material destes aos credores, segundo a classificação legal dos créditos.

O início do Direito Falimentar Contemporâneo é marcado pela substituição do DL 7.661/45 pela Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que trouxe um tratamento legal mais adequado à realidade econômica e social do país, representando uma profunda modificação na estrutura e desenvolvimento nacionais.

Após a primeira metade do século XX, diante de duas guerras mundiais, graves crises industriais e desastres financeiros, o Direito em estudo passou, em âmbito internacional, por um período de valorização das concordatas como forma para prevenir e suspender o estado de liquidação das empresas em crise. Em verdade, diante de tantos fracassos econômicos que abalaram a economia mundial, não era baixa a quantidade de negócios arruinados sem que houvesse culpa dos dirigentes, assim, veio o instituto da concordata de encontro ao empresário honesto atingido pela crise, dotada de caráter dilatatório e remissório, evitando o estado de falência.

Com o passar do tempo, a prática revelou a concordata como um meio insuficiente para oferecer um tratamento atual e eficiente à empresa devedora, havia a necessidade de contornar a característica liquidatória do regime de insolvência, aparelhando-se de uma presença mais efetiva do Estado, dada a repercussão da empresa para os empregados, consumidores, fisco, e outros, era necessário analisar o lado social da empresa.

A recente unificação do Direito Privado²⁰, seguido da permeabilização entre o Direito Público e o Privado e da crescente valorização do Direito Fiscal, Comunitário, Previdenciário e Financeiro, propugnavam pela busca por desfechos mais constantes e menos radicais para as crises econômico-financeiras das empresas, recheando assim a legislação mundial com diversas inovações que seguiam no caminho para a criação do instituto da recuperação de empresa.

Em 1867, nos Estados Unidos da América, surge o primeiro procedimento de recuperação judicial, a Lei de Companhias Ferroviárias, para a prevenção da liquidação empresarial mediante esquemas definidos de reorganização e composição de débitos. Em 1898, com o *Bankruptcy Act*, houve a ampliação do instituto para outras pessoas jurídicas, aprimorando-se o procedimento pelo

²⁰ O termo aqui utilizado faz referência apenas à unificação formal, entendendo-se necessária ainda uma atividade legislativa que o leve à harmonização.

Chandler Act, de 1938, e pelo *Eduards Act*, de 1978, mais tarde consolidando-se os estatutos no *Bankruptcy Code*, que compõe o capítulo 11 do Código dos Estados Unidos.

No Japão, foi editada em 1952 a lei de reorganização das sociedades por ações, substituído atualmente pela lei nº 72 de 1992, de evidente caráter recuperatório. Na França, surge a Lei 84/148 de 1984, regulando a prevenção e composição amigáveis das dificuldades das empresas, seguida pela lei 85/98 de 1985, *ley de redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, ambas dirigidas ao saneamento e reorganização das empresas em crise. A chegada da Lei nº 94/175 de 1994 reforça os meios de prevenção da insolvência, simplificando os processos, moralizando os planos de recuperação, e trazendo medidas mais eficazes no sentido de assegurar o direito dos credores²¹.

Na Itália, o Decreto nº 267 de 1942 previa, por parte do devedor, o requerimento de controle de gestão da empresa e de seus bens, espécie de administração controlada, para assim resguardar os interesses dos credores e impedir a falência. Na prática o devedor apresentaria um plano junto ao tribunal, que o submeteria à votação dos credores para avaliarem a capacidade de recuperação do devedor. Tal legislação sofreu recente reforma pela Lei nº 223 de 1991, com expresso intento de salvar a empresa em crise por inteiro, principalmente seus trabalhadores, e pelo Decreto Legislativo nº 270 de 1999, regulamentando a administração extraordinária das grandes empresas²².

Em Portugal, o Decreto-Lei 132 de 1994, Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falências, modificado pelo DL nº 315 de 1998, alicerçado no critério da viabilidade da empresa, estendeu parcialmente sua aplicação ao devedor insolvente não empresário, sem fazer distinção entre a falência e a insolvência. Entretanto, em modificação recente trazida pelo DL nº 53 de 2004, que aprovou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, a legislação lusitana suprimiu os procedimentos da recuperação e falência por um único e sincrético processo de insolvência, além de estendê-lo ao devedor, pessoa

²¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 10-12.

²² LÓPEZ, María Teresa Vizcaíno. Declaración del Concurso sobre el Deudor en el Sistema Jurídico Español. Disponível em: <<http://www.unla.mx/iusunla13/reflexion/efectos.htm>>. Acesso em: 20 fev 2015

física ou jurídica, empresário ou não, sobrepondo a vontade dos credores ao processo²³.

Segundo o art. 1º do Código de Insolvência Português²⁴:

Artigo 1.º

Finalidade do processo de insolvência

1 - O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.

[...]

No Direito Alemão, a *Insolvenzordnung* de 1999 introduz um novo procedimento judicial único para o tratamento das situações de insolvência e crise econômica da empresa, pelo que operou a unificação e modernização legislativa dos diplomas anteriores. Com ela se pôde unificar, atualizar e compatibilizar as normas até então vigentes em matéria de acordo ou transação judicial, cujo principal objetivo era a conservação da empresa dos devedores dignos de confiança por sua conduta e situação patrimonial, afastando o procedimento da falência e da liquidação da empresa, dando-lhe a possibilidade de livrar-se de suas obrigações residuais. O procedimento de insolvência, diferente das outras legislações, não traz em primeiro plano a recuperação da empresa, mas sim à satisfação dos credores, ficando o *Insolvenzplan* como solução residual²⁵.

Na Espanha, a Lei nº 22, de 09 de julho de 2003, trouxe a flexibilização do procedimento de insolvência, estabelecendo um mesmo processo aos insolventes comerciantes ou não, e instituiu o convênio entre devedor e credores com assento em um plano de viabilidade²⁶.

O que se abstrai diante de tão farta demonstração legislativa é a tendência dos atuais sistemas jurídicos que regem a insolvência em realizar os direitos dos credores mediante a recuperação da empresa devedora, oferecendo meios mais favoráveis à manutenção da atividade econômica, repelindo a falência, de cunho liquidatório, restando esta como remédio residual direcionado exclusivamente aos

²³ NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas e Falência. v. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53-54.

²⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março. Diário da República. Lisboa, 2004.

²⁵ LÓPEZ, María Teresa Vizcaino. Op. cit.

²⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 12.

empreendimentos inviáveis, ao que se busca evitar o prejuízo a interesses relevantes, dado seu caráter de fonte geradora de riquezas e empregos e agente promotor da concorrência.

2.3 A EMPRESA EM CRISE

Faz parte do espírito nacional a atividade de empreender, de buscar alternativas às dificuldades através da inovação, da aposta no novo, e principalmente na procura pela independência econômica, perseguindo o sonho de ter o próprio negócio. Nesse painel de possibilidades, a empresa ocupa a base do Direito Comercial Contemporâneo, em que a Teoria dos Atos de Comércio foi suprimida pela Teoria da Empresa, do que se faz necessário em primeiro plano a análise do que seria a empresa hoje, para então poder vislumbrar como se dá a crise.

Acerca da temática, vale ressaltar que a legislação pátria não conceituou objetivamente a figura da empresa, mas sim a do empresário, contudo sem deixar de fornecer elementos à sua definição, consoante ao art. 966 do CC, *in verbis*²⁷:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Nas lições de Coelho²⁸ os requisitos definidores do empresário podem ser entendidos da seguinte forma: o profissionalismo, como sendo a habitualidade em que o agente econômico produz ou presta serviços; a pessoalidade, pois este, no exercício de suas atividades, o faz pessoalmente, enquanto que os empregados o fazem não em nome próprio, mas em seu nome; e o monopólio de informações, em que será ele o profissional que tem o dever de conhecer as características e outros

²⁷ Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2002.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual, p. 11-15.

aspectos dos bens ou serviços colocados no mercado, como exemplo, condições de uso, qualidade, insumos empregados, defeitos de fabricação, riscos potenciais à saúde ou vida dos consumidores.

Nesse contexto, pode-se compreender a atividade econômica organizada como a atividade da empresa, conquanto o empresário exerça profissionalmente a atividade, ou seja, deverá ser entendida como o exercício de uma atividade econômica, que objetiva o lucro, e que, organizadamente, explora a produção e circulação de bens e serviços baseando-se nos quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia²⁹.

Quanto aos aspectos de destinação da atividade de empresa tem-se que a produção de bens corresponde à fabricação, como atividade industrial (roupas, calçados, veículos, eletrodomésticos, etc.), já a produção de serviços é entendida como a prestação destes (bancos, hospitais, escolas, etc.), a circulação de bens figura como a atividade de comércio, de venda, e a de serviços como atividade de intermediação³⁰.

Por fim, juntamente com o empresário e a empresa, o estabelecimento comercial forma o último pilar sobre o qual se assenta a Teoria da Empresa, tratado no art. 1.142 do CC, e compreendido como todo o conjunto de bens para a exploração da atividade econômica, sejam eles corpóreos ou incorpóreos³¹.

Entendida a empresa como a atividade exercida pelo empresário, o que se pode observar é que muitos deles acabam não sendo bem sucedidos em suas práticas, por vezes somente tomando as primeiras atitudes corretivas após o declínio da lucratividade. Em verdade, esta é uma atividade de risco, sujeita aos humores do mercado, condições climáticas e à má administração, podendo o empresário, e na maioria dos casos assim se procede, não saber identificar de plano o problema, seja por falta de controle interno ou de uma contabilidade gerencial ou então por ausência de um aconselhamento adequado.

Os sinais externos de crise a serem identificados dentro do empreendimento são variados, e se desenvolvem numa concatenação lógica de acontecimentos. Pode-se citar como um dos primordiais a identificação do declínio da lucratividade, seguido então do uso do limite de crédito bancário para suprir o déficit, ou mesmo

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

solicitar um aumento do limite. Tentará, então, o empresário buscar novas linhas de crédito, o que demandará um maior compromisso, com hipotecas ou penhora de ativos da empresa, seguidas de reuniões, balancetes e previsões de fluxo de caixa exigidos pelo banco.

A empresa começa a demonstrar prejuízos, não consegue receber suas contas tão rapidamente como fazia no passado, ocorre a primeira definição de insolvência³², quando a empresa não consegue saldar suas dívidas no vencimento. O limite de crédito estará esgotado ou será insuficiente, as contas a pagar agora excedem as contas a receber, enquanto fornecedores solicitam maior rapidez nos pagamentos e impõem preços e condições que comprometem o lucro, estabelece-se uma relação comercial predatória da empresa isquêmica, iniciam-se os primeiros protestos, seguidos de despesas cartorárias, busca e apreensão de mercadorias, veículos e equipamentos para venda em leilões, a empresa adentra à segunda definição de insolvência, o passivo total excede o ativo total.

O acúmulo de prejuízos e a inadimplência de contratos a longo prazo levam ao colapso da atividade empresarial, o empresário se encontrará diante de execuções judiciais e pedidos de falência. O crédito figura em torno de tais sinais como o impulso principal da atividade mercantil, elemento de propulsão e circulação de riquezas. Sem crédito a atividade econômica encontra limites à sua reprodução e expansão. Permanece a regra do binômio crédito-confiança, quanto mais confiança maior será o crédito, a ruptura do crédito simboliza, portanto, a perda da confiança.

Em oposição ao regime anterior, da concordata protelatória e ineficiente, surge a LRE para propor um modelo de tratamento das dificuldades empresariais, que, dependendo do estado em que se encontrem, nem sempre levarão à ruína. A intervenção judicial vem para estancar a crise e evitar a futura liquidação de bens. A crise não se resume apenas a fatores como impontualidade, cessação de pagamentos e à insolvência como assim tratava o DL 7.661/45, o mercado possui relações de interdependência, onde prejuízo em um setor pode significar reflexos avassaladores em toda sua cadeia de dependência, existe verdadeira alternância entre períodos de crise e prosperidade. Nas palavras de palavras de Fazzio Júnior³³:

³² CARVALHO, Albadilo Silva. Op. cit.

³³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 5.

A síntese de todos os perfis da empresa compõem um organismo e, como tal, suscetível de conhecer crises de diversas índoles. Nenhum organismo é imune às crises. Uns mais, outros menos. Crises mais prolongadas, crises transitórias. Crises mais profundas, crises superficiais. A história do organismo empresarial, similar à da economia de mercado, é uma sucessão de períodos em que se alternam altos e baixos. A raiz das crises por que passa o organismo empresarial também é de matriz diversa. Não há linearidade.

Segundo Lobo³⁴ a origem da crise pode ser devida a: a) causas exteriores, tais como a redução de tarifas alfandegárias, a liberação das importações, as mudanças nas políticas cambial, fiscal e creditícia, a criação de impostos extraordinários, o surgimento de novos produtos, retração do mercado consumidor, as altas taxas de juros, o inadimplemento dos devedores, inclusive do próprio Estado; b) causas internas ou imputáveis à própria empresa ou empresário, como sucessão do controlador, desentendimento entre sócios, falta de profissionalização da administração e de mão de obra não qualificada, baixa produtividade, obsolescência dos equipamentos, redução das exportações, dentre outras; e c) causas acidentais, como desfalque pela diretoria, operações de alto risco, má desvalorização da moeda.

Dessa forma, apreende-se que a crise é precedida de fatores que os empresários, em sua maioria, dificilmente fazem a identificação, dificultando assim a tomada das estratégias adequadas à situação. Podem ser de ordens diversas como: a) carência gerencial, ocasionada pela gestão tipicamente familiar, pouco conhecimento por parte da empresa de marketing e/ou finanças, ausência ou excesso de delegação de poderes, alto índice de rotatividade dos empregados ou funcionários muito antigos; b) carência operacional, por falta de qualidade nos controles internos da empresa, incapacidade de responder com agilidade às mudanças e tendências de mercado, perdas de pedidos e/ou contratos por atrasos no cronograma de entrega; e c) baixo desempenho financeiro, com atrasos nos pagamentos, pagamentos em cartório; perda de capital de giro, endividamento bancário crescente, mudança no perfil de endividamento de longo para curto prazo, envio de informações filtradas para bancos e, conseqüentemente, perda de linhas de crédito.

³⁴ LOBO, Jorge. Acordo Extrajudicial entre o Devedor e seus Credores, para evitar a Falência. Disponível em: <<http://www.jlobo.com.br/artigos1.asp?seq=32>>. Acesso em: 20 fev 2015.

Segundo Coelho³⁵ as crises podem ainda ser de fatores: a) econômicos, quando caracterizada por uma retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresaria, por exemplo, com a queda pela procura de determinado produto, a crise econômica pode ser generalizada, segmentada ou atingir especificamente uma empresa; b) financeiros, que se revela quando a sociedade empresária não tem caixa para honrar seus compromissos, tendo dificuldades para pagar suas obrigações, seja porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, ou porque está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas; e c) patrimoniais, qual seja a própria insolvência, em que a sociedade empresaria tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas, e, apesar de apresentar-se como grande risco para os credores, pode significar apenas que a empresa está passando por uma fase de expressivos investimentos na ampliação de seu parque fabril, por exemplo, e que logo se verificará o aumento de receita e de resultado suficiente para afastar a crise patrimonial.

Como visto, a crise não representa necessariamente o fim para a empresa, e o empresário que enfrenta dificuldades poderá ainda socorrer-se das chamadas soluções de mercado³⁶, sejam elas operadas pela aquisição ou fusão, pelo aporte de recursos dos próprios sócios, ou a captação de investimentos através da emissão de novas ações ou debêntures, por meio de empreendedores que enxergam uma oportunidade atraente de investimento apesar da crise, injetando o capital necessário para o soerguimento e estabilização daquela. Entretanto, caso não haja investidores interessados, a solução de mercado mais adequada, na lógica capitalista, será a declaração de falência, por não haver interesse em que esta permaneça no mercado.

É nesse momento que o Estado intervém, através do Poder Judiciário, para zelar pelos valores que gravitam em torno desta entidade, dos empregados, dos consumidores, da economia, seja ela local, regional ou nacional, do próprio fisco, e da comunidade, que se beneficiam direta e indiretamente com as atividades desenvolvidas por ela. Fechando-a também poderão ser fechadas, em contíguo,

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23-24.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual, p. 369-370.

portas de grande importância para determinado setor da economia, fontes de produção, geração de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fortalecimento da economia nacional, sob esta ótica, a recuperação da empresa em crise, assemelhada a um organismo atingido por uma patologia, é mais vantajosa e eficiente do que a eliminação da doença pela supressão de seu portador³⁷.

O modelo de recuperação judicial trazido pela LRE vem de encontro justamente às empresas que passam por dificuldades momentâneas, mas que possuem viabilidade econômico-financeira para prosseguirem em suas atividades, esta foi a forma corretiva encontrada para as disfunções do sistema capitalista, somente o grau máximo de irreversibilidade da crise autorizaria a liquidação, ao que se somam vários fatores principiológicos, como o princípio da preservação da empresa, da função social da empresa, e da própria viabilidade econômico-financeira, que justificam a intervenção estatal, deve-se lembrar, contudo, que a recuperação da empresa não é um valor jurídico absoluto, e que o risco da atividade pertence ao empresário, e não ao credor.

³⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 6.

3 LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA – ANÁLISE JURÍDICA

Com a aprovação da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, a nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LRE), em substituição à antiga Lei de Falências e Concordatas (LFC), surge um novo conceito de tratamento ao instituto da insolvência empresarial. Diversas alterações promovidas pela referida lei foram cruciais para a adaptação do ordenamento jurídico à nova realidade econômica que se vislumbrava diante da modernidade das relações empresariais, não se podia mais conceber um procedimento obsoleto, moroso e que não oferecesse garantias reais aos credores da percepção de seus créditos. Assim, figura a nova lei como verdadeiro marco normativo, deixando de lado o instituto da Concordata, que servia muito mais aos interesses protelatórios do devedor, que por vezes enxergava nela uma forma de postergar a falência, aprimorando o citado instituto, exigindo-se um valor mínimo para que possa ser requerida e limitando seu uso apenas às empresas que não se revelem como economicamente viáveis, ademais, sobre isto, é inovadora ao introduzir dentro do nosso ordenamento a figura da recuperação judicial.

Sobre esse ponto merece destaque o novo instituto, pois beneficia em seu corpo a empresa que apresenta soluções para a continuidade de suas relações, sua viabilidade de permanência no mercado. Trata-se, em verdade, de medida que favorece tanto ao credor, que vê na recuperação a esperança da empresa que passa pela crise, como dos devedores, que tem seus créditos assegurados em um plano de pagamento, e da sociedade, que ganha com a manutenção dos empregos gerados e o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, surge uma gama de princípios a nortearem a LRE, que visam dar segurança às suas relações e orientar o sentido das disposições contidas na referida lei, guiando o magistrado e as partes quanto à consecução dos objetivos almejados no corpo legal.

3.1 TRANSIÇÃO DA LFC PARA A LRE

Havia antes da edição da LRE, uma grande insatisfação em relação aos resultados obtidos nos processos de Falência e Concordata do DL 7.661/ 45 – LFC,

o sistema adotado pelo diploma anterior era rígido e dotado de profundo formalismo, um modelo pronto e único traçado pela lei, a concordata concedia a simples moratória. O resultado dessa lentidão era a deterioração do patrimônio da empresa e a subsequente incapacidade de satisfação dos direitos dos credores. Estava assentada em um modelo de empresa próprio de uma economia nacional defasada e do liberal, tratando o crédito como mais uma espécie de relação obrigacional, típica do Direito Romano, desconsiderando a repercussão da insolvência no mercado, centrada no ajuste das relações entre os credores e o ativo do devedor, prestigiando a morosidade e relegando os créditos não públicos ao descampo.

Em verdade, a LFC não oferecia ao comerciante, hoje empresário ou sociedade empresária, em situação de crise, a possibilidade de se recuperar, bem como não havia a proteção dos interesses dos credores da empresa concordatária/falida ou a preservação da atividade empresária. A concordata concedia apenas a prevenção e suspensão da falência e não uma forma concreta de solução da demanda. Tal sistema era incapaz de preservar qualquer interesse, e, muitas das vezes, favorecia ao empresário desonesto e oportunista, que tirava proveito da extensa dilação de prazos para não cumprir com os acordos propugnados, valendo desse tempo para, com uso da perfídia e da fraude, dilapidar seu patrimônio, frustrando a liquidação³⁸.

Havia uma intrínseca necessidade de reformulação dos procedimentos hora existentes, de uma substituição por instrumentos e mecanismos legais e técnicos modernos, eficientes e funcionais, adequados à tutela do crédito, elemento chave para o desenvolvimento econômico nacional, condizentes com sua atividade comercial e capacidade empresarial.

Diante da empresa endividada, que sofre por problemas financeiros ou gerenciais, nem sempre as soluções de mercado serão suficientes para solucionar a crise, e nesses caos vivido por ela somente o auxílio estatal poderá salvá-la. A empresa como unidade econômica deve ser preservada sempre que possível e sempre que demonstrar-se viável, portanto econômica e socialmente útil. Nesse diapasão, urgia uma reforma substancial da LFC, com escopo na preservação da empresa, dentro do conceito de fonte geradora de bens econômicos e sociais.

³⁸ CARVALHO, Albadilo Silva. Op. cit.

No novo cenário da economia global, marcado pela criação de blocos econômicos, alterações político-sociais, o avanço da legislação internacional e as descobertas tecnológicas, era imperativo que a nova legislação estivesse apoiada em mecanismos jurídicos menos burocráticos e mais ágeis, aptos para guiar os polos da demanda a uma composição dos interesses da empresa, com a manutenção dos empregos e da própria atividade empresarial, maximizando a probabilidade dos credores de verem realizado seu crédito, sem a excessiva intervenção do Poder Judiciário.

A LRE é então editada em plena oposição ao anterior sistema, suprimindo a concordata e, em seu lugar, criando os institutos da Recuperação Judicial e Extrajudicial, além de aprimorar a Falência. Emerge calcada nos pilares da reestruturação empresarial, com a garantia da satisfação do crédito, o mínimo de desemprego, fortalecendo e facilitando o crédito, poupando dessa forma o mercado dos reflexos negativos da insuficiência dos agentes econômicos. A situação das micro e pequenas empresas vêm a ser contemplada com a previsão de um regime especial, e a redação dos dispositivos recebe forte carga principiológica de interpretação.

O empresário em crise poderá então valer-se de um plano de recuperação, em que será capaz de renegociar suas dívidas, fazer cessar as execuções pendentes, continuar no exercício da atividade, com a garantia de que pagará o que deve, preservando dessa forma os interesses de credores e devedor, e atuando na garantia dos empregos, tributos, da produção de bens e da concorrência.

Dá-se a renovação do Direito Falimentar nacional, em plena consonância com o espírito legislativo mundial da doutrina da empresa em crise. É superada a fase da *vindita* dos credores por meio de uma solução jurídica em harmonia com o Direito Empresarial Contemporâneo, levando-se em conta o interesse público e as repercussões sociais sobre o tema, tomando a reestruturação da empresa como novo objetivo a ser almejando, não se tornando a finalidade mais importante, mas restando entendida como o caminho mais eficiente para a salvaguarda dos interesses de credores e devedor, sem comprometer a segurança do mercado e a continuidade da atividade empresarial, prevenindo a liquidação³⁹.

³⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 5.

Tendo em vista o atual estágio da economia nacional, tal avanço já era a muito aguardado⁴⁰, ao que o tratamento hoje oferecido revela a preocupação com o agente econômico, prestigiando a exploração e o investimento em novos nichos de atividade, oferecendo certa margem de confiança àquele que busca empreender.

3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES

A LRE, como toda norma legal, é orientada por princípios. São eles os responsáveis por oferecer a sustentação interpretativa dos dispositivos normativos e expor os objetivos adotados pelo legislador na consecução dos institutos nela presentes. Não podem ser, eles, entendidos de forma isolada ou autossuficiente, mas como complementos uns dos outros, fornecendo equilíbrio para a aplicação da norma.

É inovadora a atual legislação por adotar a distinção entre os conceitos de empresa e empresário, concentrando a tutela legal na primeira, de modo que, se necessário, impõe o afastamento do último para preservá-la, diferentemente das anteriores legislações falimentares, em que a Concordata era tida como um favor legal oferecido ao empresário, revelando a natureza protetiva do titular da empresa, dirigindo-se à pessoa, e não à atividade empresária. Revela-se diante disso uma nova técnica redacional da legislação falimentar nacional como lastreada em bases principiológicas de contornos nitidamente constitucionais e sociais.

O princípio da função social da empresa talvez figure como o de maior vultuosidade na elaboração da LRE, observando que o texto legal procura dar ênfase à sobrevivência da empresa pela sua grande importância para a geração de emprego, riquezas, tributos, crescimento econômico, o que vai de encontro ao velho pensamento da lucratividade como preceito principal da atividade empresária. Nessa dicotomia, a recente unificação do Direito Privado com o advento do novo Código Civil vigente, bem como a correspondência do princípio constitucional da função social da propriedade, deixam explícito o entendimento hoje dominante de que também deve a empresa atender à sua função social.

⁴⁰ CARVALHO, Albadilo Silva. Op. cit.

Nesse raciocínio, dentre os mais basilares princípios informadores da LRE, conforme dispostos em relatório da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal⁴¹, tem-se, o princípio da preservação da empresa, decorrente da função social da empresa, que preza pela preservação desta sempre que possível, pois que vista como fonte geradora de riquezas, empregos e renda, o que se visa é proteção do crescimento e desenvolvimento econômico e social e do agregado econômico, representado pelos fatores intangíveis da empresa, como nome, marca, clientela, *know-how*, etc.

Destaca-se também, o princípio da celeridade e eficiência dos processos judiciais, segundo o qual a simplicidade das normas procedimentais da falência e da recuperação judicial e extrajudicial foi a forma encontrada para garantir a celeridade e eficiência dos institutos, em clara oposição a burocracia típica do sistema anterior, e o princípio da segurança jurídica quando da interpretação das normas contidas na LRE se deve buscar tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar dubiedades que tragam insegurança aos institutos, prejudicando a consecução dos objetivos pleiteados pelas partes.

Fazzio Júnior⁴² complementa a matéria trazendo o princípio da viabilidade da empresa, o qual funciona na LRE como um divisor de águas, para as empresas viáveis, entendidas como as que reúnem condições de observar os planos de reorganização, a indicação é para a recuperação, já para as inviáveis, verificada a impossibilidade de cumprimento do plano proposto, aconselha-se a falência, posto que a recuperação empresarial pressupõe a existência de um contingente mínimo de condições de soerguimento, não se prestando a uma recriação da empresa.

É sabido que, desde suas origens, o regime de insolvência retrata a preocupação do legislador em proteger os interesses dos credores do empresário em dificuldades, contudo sua aceção não pode ser entendida como a satisfação de pronto de seus haveres, o que se deve abstrair é que o atendimento adequado das pretensões creditícias anda ao lado do interesse público e da satisfação das finalidades socioeconômicas do regime de insolvência, a reestruturação da empresa em crise é instrumento da satisfação dos credores, sopesadas as condições de cabimento, o que informa o princípio da predominância do interesse dos credores.

⁴¹ Comissão de Assuntos Econômicos. Parecer n° 534, de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC n° 71, de 2003. Diário do Senado Federal. Brasília, 10 jun 2004.

⁴² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 15-19.

Sobressai-se, da mesma, forma o princípio da publicidade dos procedimentos, segundo o qual os procedimentos dos processos de solução da insolvência devem ser dotados de transparência, isso se refere tanto à publicidade dos atos quanto à sua clareza e objetividade, dificultando manobras protelatórias e chamando credores e devedor a uma ampla participação em todas as etapas procedimentais.

Sem esquecer-se do princípio da *par conditio creditorum*, manifestação do princípio geral da equidade, que diz respeito à proporcionalidade no tratamento das diferentes classes de credores, observadas as peculiaridades legais de cada espécie de crédito, propondo um nivelamento, uma posição de paridade entre eles, um tratamento igualitário também quando da participação nos atos processuais.

Acompanhando esse esforço por uma formação principiológica da LRE, contribui Negrão⁴³ de forma significativa com os princípios a seguir elencados, acrescentando ao rol acima o princípio da supremacia da recuperação da empresa, aspecto funcional que atua sobre o interesse do sujeito da atividade, ou seja, o empresário ou a sociedade, promovendo, se necessário, o afastamento deste ou dos administradores, permitindo uma gestão técnica profissional direcionada à reorganização da atividade, na recuperação, ou à maximização dos ativos, na falência.

Assinala, também, o princípio da manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, sendo assim premissa orientadora do conjunto de medidas destinadas à efetiva preservação dos elementos corpóreos ou incorpóreos da empresa dentro da LRE, impedindo a alienação ou sujeição a ônus de bens integrantes do ativo permanente e a venda ou retirada de bens de propriedade de credores titulares da posição de proprietário fiduciário, de arrendador mercantil, proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, durante o período de suspensão, buscando resguardar a empresa enquanto bem jurídico relevante.

E com o objetivo de conceder privilégio geral de recebimento em caso de falência, aos credores quirografários que continuarem a prover bens e serviços à empresa em recuperação, tem-se o princípio do incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa. Assim haverá a continuidade das relações de fornecimento de matérias-primas e mercadorias, possibilitando a manutenção da atividade empresarial até a conclusão do plano recuperacional.

⁴³ NEGRÃO, Ricardo. Op. cit. p. 158-160.

E, impedindo a desistência do devedor após o deferimento do processamento do pedido de recuperação (art. 52, § 4º da LRE), submetendo à assembleia de credores não somente essa deliberação, como outras que possam afetar o interesse dos credores, tem-se princípio da manutenção dos interesses dos credores.

E como diretrizes para a solução judicial das relações patrimoniais não reguladas expressamente pela lei, consoante o art.126 da LRE, tem-se o princípio da unidade, universalidade do concurso e igualdade de tratamento dos credores (*par conditio creditorum*), trata-se da integração do Diploma Recuperacional, sempre que for este silente em aspecto relevante dos interesses envolvidos, protegendo-os.

Arrematando este estudo, Lobo⁴⁴ apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, o qual se constitui de fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, difundido por todos os ramos do Direito, e que se reflete na proteção do trabalhador, ao passo que a liquidação da empresa tira-se não só o emprego, mas a própria dignidade do trabalhador enquanto ser humano, que privado se verá da fonte de renda mensal, sua e de sua família, exposto ao desemprego e à necessidade, ao que preservando a empresa também se preserva a dignidade destes indivíduos, talvez os mais afetados no procedimento da insolvência, garantindo sua subsistência e evitando a penúria.

Ocasionalmente, podem surgir conflitos entre um ou mais dos princípios em comento, impedindo sua completa aplicação, o que poderia causar o descrédito do instituto ou até mesmo a sua ineficiência para tratar as questões a ele sujeitas. Dessa forma, para solucionar tal impasse será necessário fazer uma precisa avaliação das consequências sociais e econômicas de sua aplicação ao caso concreto, para assim encontrar um ponto de equilíbrio capaz de satisfazer de forma justa os interesses em questão, prezando sempre pelo máximo benefício da sociedade.

3.3 ASPECTOS GERAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

⁴⁴ LOBO, Jorge. Ação de Recuperação Judicial da Empresa. Disponível em: <<http://www.jlobo.com.br/artigos1.asp?seq=20>>. Acesso em: 20 fev 2015.

A LRE destaca-se das legislações nacionais pretéritas por seu forte caráter recuperatório. Neste patamar de evolução não mais se procura a simples satisfação do crédito, mas compõe seu principal objetivo o intuito de assegurar os meios indispensáveis à manutenção da empresa viável, para assim superar a crise. Assim, nos termos do art. 47 da LRE⁴⁵, tem-se:

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.

Quanto à sua natureza jurídica há deveras polêmica entre a doutrina a seu respeito, devido a importância da atuação dos credores na aprovação ou rejeição do plano de recuperação é considerada por alguns de natureza contratualista, um contrato entre o devedor e a coletividade de credores, já outros a tratam como ato complexo, um misto de ato coletivo processual, favor legal e obrigação *ex lege*⁴⁶. Bertoldi e Ribeiro⁴⁷ assim a definem:

O regime da recuperação judicial se caracteriza, antes de tudo, por sua natureza processual, sendo ação de recuperação uma demanda constitutiva, na medida em que cria uma situação jurídica nova ao devedor e aos credores envolvidos. [...] Recuperação judicial é um processo, logo, uma relação jurídica na qual o Estado tem participação e influência direta, associada à atuação de particulares: empresário, administrador judicial e Comitê de Credores.

Entendida a Recuperação Judicial como um processo, a ação de recuperação judicial, por sua vez, é ação de conhecimento de espécie constitutiva, pois cria nova relação jurídica, de caráter processual e material, para devedor e credores a ela sujeitos (art. 49 da LRE). Na recuperação judicial não há uma real pretensão resistida, o devedor postula por um tratamento especial justificado por um motivo especial, a crise, e não para si mesmo, mas para a empresa. Seu objeto mediato é a salvação da atividade empresarial em risco, e o objeto imediato é a satisfação, ainda

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005. Lei de Recuperação de Empresa. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2005.

⁴⁶ CARVALHO, Albadilo Silva. Op. cit.

⁴⁷ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Op. cit. p. 539.

que impontual, dos credores. Não se trata de dar ressurreição à empresa destruída, mas é medida preventiva de sua falência⁴⁸.

A legitimidade para requerer a recuperação judicial será, de acordo com o art. 48, I a IV da LRE, do empresário ou sociedade empresária que: a) no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos, para o qual imprescindível é o registro; b) não seja falido e, se o foi, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; c) que não tenha obtido, há menos de 5 (cinco) anos, concessão de recuperação judicial; d) que não tenha obtido, há menos de 5 (cinco) anos, concessão de recuperação judicial com base no plano especial para micro e pequenas empresas; e e) que não tenha sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na LRE. O § 1º do art. 48 ainda prelecionam o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor e o inventariante ou sócio remanescente como legitimados a requerer a recuperação.

É necessário atentar que, conforme o art. 2º, I e II do referido diploma, necessariamente estão excluídas da incidência da LRE as empresas públicas e sociedades de economia mista, as instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

A exigência de registro a no mínimo 2 (dois) anos é pressuposto de regularidade e de que a empresa já possui um certo tempo de experiência no mercado, o que justificaria a proteção do Estado à empresa, uma crise em período menor que este denotaria uma forte inaptidão para os negócios. Da mesma forma, um período menor do que 5 (cinco) anos após a concessão de recuperação judicial expressa o insucesso em manter a empresa no mercado. Acrescente-se quanto à falência que, em seu prazo de contestação, é permitido requerer a recuperação judicial.

Os créditos sujeitos e excluídos da recuperação judicial estão previstos no art. 49 caput e §§ 3º e 4º da LRE, segundo os quais todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estarão a esta sujeitos, com exceção dos

⁴⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 116-118.

daqueles em que: o credor tenha a posição de credor fiduciário de bens móveis ou imóveis, como no caso de uma alienação fiduciária em garantia; do relativos a arrendamento mercantil (*leasing*); no qual o credor seja proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias; o credor seja proprietário de bem objeto de venda com reserva de domínio; e os decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação onde o recuperando seja devedor. Há ainda a exclusão do crédito tributário por expressa proibição do art. 187 do Código Tributário Nacional.

Ao administrador judicial caberá em regra a fiscalização dos negócios da empresa em recuperação judicial, e mesmo não sendo dotado de poderes gerenciais, sua participação é obrigatória e de extrema importância para o desempenho de inúmeras atividades (art. 22 da LRE) no decorrer do processo, tais como a consolidação do quadro geral de credores; exigir informações de credores, do devedor e de seus administradores; fiscalizar o cumprimento do plano de recuperação e emitir relatórios a esse respeito, dentro muitas outras. Servirá como auxiliar fiscal do juízo, submetido à supervisão do juiz. Sua nomeação se dá no momento em que é proferido o despacho que defere o pedido de processamento da recuperação, e, segundo o art. 21 da LRE, será escolhido entre profissionais idôneos, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada, a qual deverá indicar o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

O Comitê de Credores, previsto no art. 26, §§ 1º a 3º, é órgão facultativo no processo de recuperação judicial, dependente de livre deliberação de qualquer das classes de credores, devendo ser fundamentada necessidade e complexidade da causa. Será composto por quatro membros, um representante dos trabalhadores, outro dos credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, outro dos credores quirografários e com privilégios gerais, e um dos credores representantes de microempresas e empresas de pequeno porte, cada qual com dois suplentes.

A falta de indicação de um destes não prejudica a constituição do Comitê, podendo o juiz fazer sua nomeação, mediante requerimento subscrito por credores que representem a maioria dos créditos de uma classe, bem como da mesma maneira proceder a substituição de qualquer destes. Suas atribuições na

recuperação judicial são: fiscalizar a administração e cumprimento do plano, bem como das atividades do administrador judicial; apurar e emitir parecer de reclamações dos interessados; emitir parecer sobre a alienação ou oneração de bens e direitos; representar ao juiz em caso de violação de direito dos credores; e requerer ao a convocação da assembleia geral; além de outras espalhadas pela LRE.

Estão proibidos de exercer tanto as funções de administrador judicial como de membro do Comitê de Credores, aqueles que no exercício destas funções foram destituídos, fundamentadamente, tiveram sua prestação de contas rejeitada, ou ainda deixaram de prestá-la, dentro dos últimos 5 (cinco) anos (art. 30 da LRE), ou então tenha relação de parentesco ou afinidade, até terceiro grau, com o devedor, ou os representantes legais da sociedade devedora, ou ainda deles for amigo, inimigo ou dependente (art. 30, § 1º da LRE).

A Assembleia Geral de Credores é um órgão obrigatório e de caráter representativo do colegiado de credores, que se reúnem para formar a vontade coletiva. Será convocada pelo juiz, de ofício ou a requerimento, por meio de edital, que garantirá sua ampla publicidade, e presidida pelo administrador judicial, ou, quando a este não for possível, pelo credor como o maior crédito que estiver presente. Instala-se em primeira convocação, com a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, e em segunda com qualquer quorum, desde que transcorridos entre elas no mínimo 5 (cinco) dias (art. 36 da LRE).

A Assembleia é formada, de acordo com o art. 41 da LRE, por quatro classes de credores: os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; os titulares de créditos com garantia real; os titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e os titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. Suas principais atribuições na recuperação (art. 35, I da LRE) são deliberar sobre: a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; a constituição do Comitê de Credores, seus membros e sua substituição; o pedido de desistência do devedor, o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; e qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

O juízo competente para propor a ação será o juízo do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil, conforme a dicção do art. 3º da LRE. Sua importância se justifica mediante o caráter universal ao qual se submete a empresa em recuperação, para evitar que ocorram inúmeros pedidos de recuperação ou falência em outras localidades.

Fazzio Júnior⁴⁹ traz a seguinte definição de principal estabelecimento:

Podemos concluir, portanto, que estabelecimento principal, para os efeitos do art. 3º da LRE, não é aquele a que os estatutos da sociedade conferem o título de principal, mas o que forma concretamente o centro vital das principais atividades profissionais do agente econômico, o núcleo de seus negócios, onde se densifica a empresa. Assim, o principal estabelecimento é o centro de operações negociais, sem que, por isso, seja o centro de seus principais interesses.

Os requisitos do pedido encontram-se discriminados no art. 51, I a IX da LRE, a petição inicial deverá vir fundamentada em minucioso esclarecimento de seu estado econômico e as razões que o levaram a buscar o judiciário, o relato da crise e de suas causas é de suma importância nesse aspecto, além disso, é necessário que uma série de documentos acompanhe a petição, são: demonstrações contábeis; relação de credores e empregados; certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; e a relação das ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. Caso falte algum documento, em princípio, o juiz deverá facultar a emenda da inicial, entretanto, a ausência total de documentos ou a declaração de impossibilidade de exibi-los implicará na extinção do feito⁵⁰.

Por sua vez, os meios de recuperação encontram-se previstos no art. 50, I a XVI da LRE, e podem ser organizados em três tipos de categorias: financeiros,

⁴⁹ Ibidem. p. 57.

⁵⁰ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Op. cit. p. 541-542.

administrativos e jurídicos, e serão manejados como forma de superação da crise⁵¹. O empresário ou administradores deverão analisar, com o advogado e demais profissionais que assessoram a empresa, qual será o meio ou meios mais eficientes a serem alocados no plano de recuperação, ressalte-se que a LRE não esgota todos os modelos de meios de recuperação, podendo o plano fazer uso de instrumentos *extra legem*, bem como de combinações entre as formas previstas em seu corpo legal.

Assim, constituem instrumentos financeiros: a) a redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; b) a venda parcial dos bens; a equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; c) a emissão de valores mobiliários; e d) a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

Enquanto instrumentos administrativos, tem-se: a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; a alteração do controle societário; a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; a concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; a constituição de sociedade de credores; e a administração compartilhada.

Por sua vez, são instrumentos jurídicos: a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; o aumento de capital social; o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; a dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; e o usufruto da empresa.

É importante destacar que na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia, e que nos créditos em

⁵¹ CARVALHO, Albadilo Silva. Op. cit.

moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

3.4 PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Segundo Bertoldi e Ribeiro⁵², o processo de Recuperação Judicial pode ser dividido em três fases. A primeira fase é a do pedido de processamento do plano, desde o pedido em juízo até a decisão que determina seu processamento. A segunda fase é a do processamento do plano, da apresentação do plano de recuperação até a decisão de concessão ou não da recuperação. Por fim, a terceira e última fase é a de cumprimento, iniciando-se com a aplicação do plano de recuperação até a decisão de encerramento do processo. Para efeitos do presente estudo somente as duas primeiras fases serão analisadas, descrevendo-se adiante a forma em que se desenvolvem dentro da marcha processual.

Assim, a fase do pedido e do processamento inicia-se com a propositura da petição inicial da ação de recuperação judicial. Além dos requisitos elementares do art. 282 do Código do Processo Civil, deve a petição inicial, segundo o art. 51 da LRE, apresentar a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira, bem como o rol de documentos trazido nos incisos II a IX do referido artigo.

Verificando que a documentação se encontra em ordem, o magistrado nomeará o administrador judicial e determinará a produção de efeitos e atos de prosseguimento do processo (art. 52, I a V da LRE), tal decisão, o despacho de processamento, possui caráter interlocutório, sendo atacável por meio de agravo, conforme inteligência do art. 522 do CPC. São seus efeitos: a) a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto contratação com o Poder Público ou recebimento de benefícios ou incentivos fiscais e creditícios; b) a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e

⁵² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Op. cit. p. 540.

execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário (art. 6º da LRE), até o prazo de cento e oitenta dias, contados do deferimento, decorrido o qual os credores poderão iniciar ou continuar suas ações e execuções; c) a obrigação do devedor de comunicar aos juízos competentes sobre a suspensão (art. 52, § 3º da LRE); d) a proibição de desistência do pedido, salvo aprovação na assembleia geral de credores (art. 52, § 4º da LRE); e e) a obrigação do administrador judicial de enviar correspondência aos credores, com base na lista apresentada pelo devedor, comunicando a data do pedido, e a natureza, valor e classificação de seus créditos (art. 22, a da LRE)⁵³.

Além desses, o juiz ainda determinará ao devedor, segundo o art. 52, IV e V e § 1º da LRE, a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores, ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento e a expedição de edital na imprensa oficial, contendo o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; e a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos e impugnação do plano de recuperação.

Iniciada a fase do processamento do plano, o devedor deverá apresentar dentro de 60 (sessenta) dias, contados do deferimento da petição inicial, o plano de recuperação judicial, ao que sendo recebido será publicado edital de aviso aos credores fixando prazo de trinta dias para sua manifestação e eventuais impugnações. É importante destacar que a partir do deferimento os credores poderão convocar Assembleia Geral de Credores para a constituição do Comitê de Credores (art. 52, § 2º da LRE).

Os arts. 53 e 54 da LRE estabelecem alguns requisitos de observância obrigatória pelo devedor quando da apresentação do plano de recuperação. Deverá este vir com discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados e seu resumo, além da demonstração de sua viabilidade econômica e um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Não

⁵³ NEGRÃO, Ricardo. Op. cit. p. 204-205.

poderá o plano prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial, bem como não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, e que será limitado a 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador. Observando o juiz que o plano apresentado cumpre todos os requisitos exigidos pela LRE e encontra-se apto, caso já publicado o quadro geral de credores, abrirá espaço a estes para que ofereçam suas oposições.

Paralelamente à fase de aprovação do plano, ocorre o procedimento de verificação e habilitação de créditos, regido pelo administrador judicial, e destinado a comprovar a liquidez, certeza e admissibilidade dos créditos na recuperação. Tal feito é de extrema importância para impedir a fraude, o conluio e a primazia da má-fé, e assegurar a legalidade do procedimento recuperatório e o tratamento igualitário dos credores. Compreende-se em três etapas, em que deverá ser garantido o direito ao contraditório: a publicação da relação de credores, a impugnação ou postulação de inclusão, e a consolidação geral do quadro⁵⁴.

Ato contínuo à nomeação do administrador e à publicação do edital aos credores, determina o art. 7º da LRE que seja realizada a verificação dos créditos, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo o administrador judicial contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas, também inicia com o despacho de processamento o prazo de 15 (quinze) dias que os credores terão para apresentar suas habilitações ou divergências quanto aos créditos relacionados, os créditos tardios serão habilitados na forma de impugnação até a consolidação do quadro geral de credores, após isso sua inclusão deverá ser feita via ação ordinária.

Completado o prazo de manifestação dos credores, o administrador deverá, dentro de 45 (quarenta e cinco) dias, fazer publicação de edital contendo a relação de pretensos credores. Consoante ao art. 8º da LRE, feita a publicação abre-se prazo de 10 (dez) dias para que o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público possam apresentar ao juiz impugnação contra a

⁵⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit. p. 65.

relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado, devendo os credores cujos créditos foram impugnados contestar no prazo de cinco dias (art. 11 da LRE), bem como o devedor e o Comitê, se houver, em sucessivo prazo, também de cinco dias, manifestarem-se, por fim, o administrador judicial será intimado pelo juiz para emitir parecer no prazo de 5 (cinco) dias, devendo juntar à sua manifestação o laudo elaborado pelo profissional ou empresa especializada, se for o caso, e todas as informações existentes nos livros fiscais e demais documentos do devedor acerca do crédito, constante ou não da relação de credores, objeto da impugnação (art. 12, par. único da LRE).

Transcorridos os mencionados prazos, os autos serão conclusos ao juiz, que determinará a inclusão no quadro-geral de credores das habilitações de créditos não impugnadas; julgará as impugnações que entender suficientemente esclarecidas pelas alegações e provas apresentadas pelas partes, mencionando, de cada crédito, o valor e a classificação; fixará, em cada uma das restantes impugnações, os aspectos controvertidos e decidirá as questões processuais pendentes; e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário (art. 15, I a IV da LRE).

As impugnações obedecem às regras gerais do processo civil, quanto à distribuição do ônus, alegação de preliminares e demais aspectos pertinentes, processando-se em apartado aos autos principais. Explica ainda Mamede⁵⁵ sobre o as impugnações de créditos:

Mais comuns são as impugnações para decréscimo do passivo, cujo objetivo e/ou efeito é diminuir o valor do patrimônio passivo do devedor, ou mesmo dele retirar ônus que sejam indevidos, a exemplo de garantias pignoratícias ou hipotecárias indevidas ou sem eficácia sobre terceiros. O legislador falou apenas em manifestar-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado; é pouco. Mais do que se manifestar contra a legitimidade do habilitante, a impugnação poderá arguir toda uma gama de matérias prejudiciais, como a inexistência de créditos, defeito de representação, a exemplo da ausência de prova da outorga de poderes bastantes para pedir a habilitação, prescrição do direito, pagamento, confusão, remissão (perdão da dívida) ou outra forma de renúncia, ausência de requisito formal necessário, entre outras. São apenas exemplos. O leque de matérias preliminares ou de mérito é amplo, podendo ser invocado por meio de impugnação, incluindo o principal do crédito, juros, multas, correção monetária, natureza etc.

⁵⁵ MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 105-106.

Ainda que não seja possível propor impugnação em data oportuna, preleciona o art. 19 da LRE que o administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores, o que em muito auxilia na busca pela lisura processual e preservação dos interesses dos credores.

Conforme o art. 18, par. único da LRE, no prazo de 5 (cinco) dias contado da data da sentença que houver julgado as impugnações será feita a publicação do quadro geral de credores, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, mencionando a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência, caso não tenham havido impugnações o juiz homologará o primeiro edital, expedido pelo administrador judicial, coincidindo com o prazo de 60 (sessenta) dias para a apresentação do plano de recuperação.

Com a publicação do quadro geral, abre-se momento para as impugnações ao plano. Em verdade, o momento para oferecer tais objeções se dará sempre após a apresentação do plano ou a publicação do quadro geral, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da conclusão do último entre os dois atos (art. 55 da LRE). Na forma do art. 56 da LRE, não havendo impugnações, o plano será homologado e se passará à fase de cumprimento do plano. Havendo impugnações o juiz convocará a assembleia geral para reunir-se, no prazo máximo de 150 (cento e cinquenta) dias, contados do deferimento da inicial, para que estes a aprovem, com ou sem alterações, e desde que, em as havendo, exista expressa concordância do devedor quanto a elas, e que os termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

Rejeitado o plano recuperacional, será decretada a falência do devedor (art. 56, § 4º da LRE), podendo contudo o juiz aprovar o plano mediante algumas condições cumulativas, é o chamado *cram down*⁵⁶, emprestado do Direito Norte

⁵⁶ DOMINGUES, Matheus Bonenberger. Aprovação do plano de recuperação judicial em caso de rejeição pela Assembleia-Geral de Credores. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, RS, p. 51.

Americano, uma forma de afastar a falência e preservar a empresa, mesmo diante de alguns credores insatisfeitos. Conforme o art. 58, § 1º da LRE, o juiz aprovará o plano se, cumulativamente, houver: o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; a aprovação de 2 (duas) das classes de credores, ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; e por fim que, na classe que o houver rejeitado, haja o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores. Tal procedimento só será permitido em caso de o plano aprovado não implicar em tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, preservando o princípio da *par conditio creditorum* e evitando a *unfair discrimination*⁵⁷.

⁵⁷ Discriminação injusta. (tradução nossa)

4. A IMPUGNAÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO E O CREDOR ILEGÍTIMO

Visto como se dá o trâmite da recuperação judicial, parte-se ao estudo da etapa de impugnação ao plano. Sabe-se que, caso não venha este a ser impugnado, ocorrerá sua aprovação e consequente homologação pelo juiz da recuperação, desde que cumpra todos os requisitos legais exigidos.

Contudo, havendo objeções ao plano, passa-se ao momento de deliberação sobre sua aprovação em sede de Assembleia Geral, a ser reunida em um prazo exíguo de 150 (cento e cinquenta) dias após deferido o despacho de processamento.

4.1 A IMPORTÂNCIA DA IMPUGNAÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO

Demonstra-se a importância dessa etapa do processo tendo em vista que é nela que o credor exercerá seu direito de defesa sobre a pretensão deduzida pelo devedor em juízo. A resistência imposta ao plano é manifestada de forma individual por cada credor, porém é de maneira coletiva que tal oposição se aperfeiçoa, pela deliberação do órgão assemblear, de modo que o que prevalece é a vontade do conjunto de credores.

Essa forma de defesa, bastante, se afasta do padrão concebido nos demais modelos processuais, dado ser a LRE de rito especial próprio, onde o direito à recuperação judicial, especial sobre a legislação e coletivo contra os credores, corresponde a uma defesa também especial e exercida de forma coletiva, de tal que o credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano, tornando-o *res controversa*, se nenhum deles o fizer presume-se ter ele sido aceito por todos, permitindo o deferimento deste. Deve ainda observar a tempestividade para sua oposição, dado sua natureza processual de defesa contra o mérito, estando sujeita às regras da preclusão pela aplicação subsidiária do art. 473 do CPC.

Discorre Barros Neto⁵⁸ sobre a impugnação:

Por atacar o mérito da recuperação judicial, que é relativo a direitos disponíveis, e não aos requisitos de admissibilidade, a objeção segue o regime da preclusão, submetendo-se às modalidades de preclusão consumativa, lógica e temporal. A preclusão consumativa, cujo substrato jurídico é extraído do *ne bis in idem*, faz com que, uma vez apresentada a objeção, não poderá o credor complementá-la, alterá-la, ou outra apresentar. A preclusão lógica impede que, se o credor demonstrar, expressa ou tacitamente, sua concordância com o plano, venha a manifestar-se em sentido oposto, objetando a proposta. Por fim, a preclusão temporal faz inaceitáveis as objeções tardias.

Em verdade, a LRE não trouxe a impugnação ao plano como meio próprio para arguir defeitos de ordem pública, dado pois que sobre eles qualquer um poderá se manifestar e em qualquer fase do processo, via simples petição, a saber contra a ausência ou fraude a respeito da discriminação dos meios empregados no plano, da demonstração de sua viabilidade econômica, do laudo econômico-financeiro, ou da avaliação dos bens e ativos, os quais de constituem em requisitos de admissibilidade, bem como a existência de fraude ou crime praticado anterior ou simultaneamente ao pedido.

O real objetivo da impugnação será questionar um possível prejuízo que sofra o credor, que poderá ver seu crédito não adimplido por afetação do plano de recuperação. Não deve, pois, existirem arbitrariedades quando do seu oferecimento, deve haver um legítimo interesse jurídico, direto ou indireto, baseado na lesão de direito do credor, ao que se pode afirmar que não possui legitimidade para opor-se ao plano o credor que não será afetado negativamente⁵⁹. Apesar do direito de objetar-se constituir faculdade do credor, a sua apresentação não dispensa a fundamentação nas razões de direito e de fato em que se vislumbra o dano em face de direito ao crédito, ao que deverá pautar-se da boa-fé e da probidade, atendendo à função social de tal faculdade. Nas lições de Mamede⁶⁰:

Por outro lado, a previsão inscrita no artigo 187 do Código Civil de constituir ato ilícito o exercício de um direito excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé ou pelos bons costumes, conduz a uma outra necessidade que, no entanto, não foi explicitada pelo legislador: a objeção ao plano de recuperação judicial é ato

⁵⁸ BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Aspectos processuais da recuperação judicial. 2012. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, SP, p. 125.

⁵⁹ MAMEDE, Gladston. Op. cit. p. 160.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 161.

que não prescinde de fundamentação, ou seja, que exige do credor a exposição dos motivos, das razões pelas quais se opõe ao plano que foi apresentado. Não me parece razoável pretender-se que o credor apresente uma singela petição dizendo “*oponho-me ao plano de recuperação judicial*” e, com ela, determine todo um procedimento dispendioso, com efeitos não só sobre o devedor, mas também sobre todos os outros credores que se verão arrastados à assembleia geral por vezes devendo assumir os custos de locomoção (credores situados em outras praças), contratação de representantes etc. Entender bastar a simples objeção desfundamentada seria, ademais, desrespeitar a *mens legis* do artigo 53, caput e incisos, da Lei 11.101/05, que exige que o plano tenha os meios de recuperação propostos discriminados e, ademais, que sua viabilidade econômica seja demonstrada. Obviamente, as razões de objeção não precisam ser ato que combata a demonstração da viabilidade econômica do plano, podendo simplesmente colocar aspectos que digam respeito exclusivamente ao credor, como a onerosidade da proposta para si e outros de sua classe, sua iniquidade etc. O juiz, por seu turno, não poderá pronunciar-se sobre o mérito das razões de objeção, ainda que deva indeferir toda objeção que não se apresente fundamentada ou cuja fundamentação não seja minimamente razoável ou proporcional, rompendo com os princípios da probidade e da boa-fé, por exemplo.

Vislumbra-se que não serão razões de pouca monta a serem arguidas na impugnação, mas fatores de vital importância, capazes de causar sérios prejuízos a um credor ou mesmo a uma classe inteira, o que atinge de forma nuclear o princípio do tratamento igualitário dos credores, ou ainda que inviabilize a execução do plano. Negrão⁶¹, ao transcorrer sobre o tema, expõe alguns desses aspectos, que podem ser a inviabilidade técnica do plano, o sacrifício dos credores superior à liquidação da falência, a inexatidão dos laudos e pareceres técnicos. Não há necessariamente uma tentativa no plano de fraudar os credores, mas a ocorrência de defeitos de origem técnico-econômica os quais afetam negativamente os credores.

Diante destas ou outras situações de igual relevância o credor deverá demonstrar que sua materialização lhe causará mais perdas que a outros credores, ou mesmo à sua ou outras categorias de credores. Recebida, então, a impugnação o juiz convocará a Assembleia Geral que deliberará sobre a aprovação ou rejeição do plano, nas palavras de Coelho⁶²:

Na verdade, não cabe ao juiz apreciar o conteúdo da objeção ou decidi-la. A competência para tanto é de outro órgão da recuperação judicial: a Assembleia dos Credores.

Desse modo, ao receber qualquer objeção, o juiz deve limitar-se a convocar a Assembleia. O prazo para realização do conclave, neste caso, não poderá exceder aos 150 dias contados do despacho de processamento da recuperação judicial.

⁶¹ NEGRÃO, Ricardo. Op. cit. p. 210.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários, p. 164.

A convocação da Assembleia perfaz-se como ato de extrema gravidade, dado, primeiramente, seu caráter dispendioso, com o deslocamento dos credores, advogados, representantes, publicação de edital, e demais gastos, e por conseguinte o prazo fatal que corre contra o devedor, posto que, como visto na exposição das fases do procedimento, a verificação de créditos em muito poderia estender-se, levando em conta as impugnações destes, ao que, somando-se todos os prazos que nele se possam transcorrer até a consolidação do quadro geral, percorrer-se-iam mais de 90 (noventa) dias, isso sem contar com a ocorrência de dilação probatória, o que poderia aumentar este prazo, nesse raciocínio, somando-se os 30 (trinta) dias para ofertar objeções ao plano, chega-se ao total de 120 (cento e vinte) dias, restando apenas o lapso temporal de 30 (trinta) dias antes de completarem-se os 150 (cento e cinquenta) máximos para a realização da Assembleia. Sabe-se que a suspensão do curso das execuções e outras ações judiciais contra o devedor deixará de existir se ultrapassados 180 (cento e oitenta) dias do deferimento da petição inicial, o que, diante da situação retratada, pode significar o fim para a empresa e a abertura para a falência.

Diante disso, é possível bem compreender as consequências jurídicas da impugnação de malgrado ou com caráter meramente protelatório, que poderia culminar em perversos reflexos sobre a realidade da empresa endividada. Sendo assim, deve o magistrado manter-se atento às regras da legitimidade, do interesse de agir, da fundamentação consistente, razoável e proporcional e a tempestividade da objeção, para coibir o credor mal intencionado e conservar os princípios orientadores da Recuperação Judicial e do Processo Civil de forma ampla.

4.2 A QUESTÃO DO CREDOR ILEGÍTIMO

Um importante ponto de questionamento que se levanta durante a etapa das impugnações ao plano de recuperação judicial é a respeito da legitimidade do credor para opô-la. Sabe-se que somente o poderá fazer aqueles credores que figurarem no quadro geral, seguindo a regra processual das condições da ação, ao que, estando ausente a legitimidade, o feito será extinto sem o julgamento do mérito, o que equivale na Recuperação Judicial à não convocação da Assembleia Geral. Por

entender da importância de tal passo, deve o magistrado permanecer atento a todos os sinais que indiquem a ausência das condições necessárias para a convocação da Assembleia, visando o mínimo prejuízo do devedor, bem como a eficiência e a celeridade processuais.

Ocorre que, poderá em algum momento, o credor que está inscrito no quadro geral não ser legítimo para figurar em tal posição. Ao decorrer deste estudo restou-se demonstrado que por vários motivos a verificação e habilitação de créditos é importante, haja vista nem todos os créditos poderem figurar no plano de recuperação, ou ainda por razões outras não mais serem dotados de exigibilidade.

Como visto em momento anterior, além dos créditos expressamente excluídos da falência e da recuperação pelo art. 2º da LRE, há uma gama de matérias prejudiciais à inclusão do credor no quadro geral, como a inexistência de créditos, defeito de representação, a exemplo da ausência de prova da outorga de poderes bastantes para pedir a habilitação, prescrição do direito, pagamento, confusão, remissão (perdão da dívida) ou outra forma de renúncia, ausência de requisito formal necessário, entre outras, e que, em condições normais, seriam alvo da impugnação de créditos. Porém, é possível que algum destes defeitos passem por despercebidos, dado o elevadíssimo número de credores de uma grande empresa em crise, demandando do administrador judicial uma carga de trabalho muito pesada, mesmo com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas, considerando o caráter falível do ser humano.

Observe-se que o art. 19 da LRE confere ao administrador judicial, ao Comitê, a qualquer credor ou ao representante do Ministério Público o poder de, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no CPC, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores.

Tal solução seria bem vinda para expurgar o credor ilegítimo do quadro geral, mas o que ocorreria caso tal credor, do qual não se conhece ainda a ilegitimidade, propusesse oposição ao plano recuperacional? Num primeiro momento, se poderia optar pela regra da extinção sem julgamento de mérito, contudo, vislumbre-se o seguinte cenário, onde nenhum outro credor, dentre os de sua classe ou das demais, objetaram-se ao plano. É cediço que a impugnação deve vir fundamentada

em razões fortes e potencialmente prejudiciais, e que, segundo a regra do art. 320 do CPC, havendo um litisconsórcio passivo, como tal é na recuperação judicial, se um dos réus contestar, o que no processo em estudo equivale à defesa exercida por meio da impugnação, não será aplicado aos outros o efeito da revelia, o que corresponde ao aproveitamento daquela aos demais credores, que não necessitarão fazer cada qual sua própria objeção individual ao plano pelas mesmas razões.

Caso haja mais de uma impugnação, não haverá problema, a Assembleia será reunida, e, existindo outros credores que tenham objeção idêntica àquela que fora proposta sem legitimidade poderão neste momento apresentá-la, discutindo-se todos os pontos no desenrolar do concílio e chegando a uma decisão sobre a aprovação ou não do plano. Contudo, havendo apenas a impugnação do credor ilegítimo, operada a preclusão temporal, e tendo sido este excluído do rol de credores, o que se sucederá? Deverá o juiz convocar a Assembleia, ou extinguir a impugnação ofertada por falta de condição da ação?

De um lado tem-se o potencial prejuízo do credor, caso o prazo se dê como visto no tópico anterior, limitando a Assembleia a um exíguo limite de tempo para reunir-se, talvez até mesmo necessitando de um novo ajuntamento, por falta de quórum de aprovação, o que fará esvair-se todo o prazo de suspensão das ações e execuções judiciais que tramitam contra aquele, bem como se observa o gasto para propiciar o conclave, de outro tem-se o potencial prejuízo que sofrerão os credores que não ofertaram objeção ao plano por já outro credor que julgavam legítimo tê-lo feito.

Ocorre uma verdadeira colisão de valores ao que da norma legal não se extrai uma resposta palpável, esbarra-se em princípios de suma importância para o processo recuperacional, o devido processo legal, a economia e a celeridade e eficiência processuais confrontam-se diretamente com a segurança jurídica, a viabilidade da empresa e a dignidade da pessoa humana, posto que a aprovação de plano inviável será prejudicial aos credores, ao mercado e aos trabalhadores. Vê-se que em relação a este ponto em específico o legislador não foi feliz, deixando nas mãos da doutrina e do juiz decidir o que deve ser feito à esta questão de tão grandes reflexos patrimoniais.

4.3 A APROVAÇÃO DO PLANO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Em busca de uma solução ao problema apresentado faz-se uma exposição do tratamento dispensado pelas legislações estrangeiras a respeito do tema, explicitando as formas em que se dá a aprovação da recuperação ou meio que lhe equivalha.

No Direito Norte Americano a matéria encontra-se disciplinada no capítulo 11 do título 11, o *Bankruptcy Code*, do Código dos Estados Unidos. Nele prevê-se a *Reorganization*, o equivalente à Recuperação Judicial pátria. Nesse modelo, o empresário também goza de prazo de suspensão de execuções e outras ações, para que nesse ínterim possa elaborar plano a ser oferecido aos credores. O procedimento para a aprovação do plano é dividido em duas etapas, na primeira o devedor busca a aceitação do plano junto aos credores, reunidos em Assembleia, em seguida faz-se a confirmação do plano, em que o juiz analisará se estão presentes os requisitos exigidos pela lei, senão vejamos os parágrafos 1126, “a” e 1229, “a”⁶³ do referido diploma:

§1126. Acceptance of plan

(a) The holder of a claim or interest allowed under section 502 of this title may accept or reject a plan. If the United States is a creditor or equity security holder, the Secretary of the Treasury may accept or reject the plan on behalf of the United States. [...]

§1129. Confirmation of plan

(a) The court shall confirm a plan only if all of the following requirements are met⁶⁴: [...]

Note-se que, diferente da legislação nacional, o juiz norte americano goza de muito mais poder de discricionariedade, podendo deixar de homologar o plano caso

⁶³ UNITED STATES OF AMERICA. United States Code: Title 11. Federal Register. Washington, 1978.

⁶⁴ § 1126 - A aceitação do plano

(a) O titular de uma reclamação ou interesse permitido sob a seção 502 deste título pode aceitar ou rejeitar um plano. Se os Estados Unidos forem credores ou titulares de títulos de capital próprio, o Secretário do Tesouro pode aceitar ou rejeitar o plano em nome dos Estados Unidos. [...]

§ 1129 - Confirmação de plano

(a) O tribunal deve confirmar um plano somente se todos os seguintes requisitos forem encontrados: [...] (tradução nossa)

entenda haver nele um tratamento injusto, desigual, entre os credores que não o aceitaram e os demais, conforme Domingues⁶⁵:

Diferente do direito brasileiro, o direito norte americano outorga maiores poderes aos juízes, que possuem discricionariedade para analisar o conteúdo dos planos apresentados e conceder ou não a recuperação, por mais que os credores tenham decidido em sentido contrário na assembléia. [...] Deste modo, fica claro que no direito norte americano o juiz deve analisar o conteúdo do plano de organização tanto em caso de aprovação pelas classes quanto ao utilizar o *cram down*, possuindo discricionariedade para discordar da decisão dos credores.

Nessa esteira, o Direito Francês, no intuito de recuperar a empresa viável, prevê processo de *Sauvegarde de l'Entreprises*, onde será nomeado um administrador, um representante dos empregados, eleito por eles, e um especialista ou *experto*, para proceder a realização de diagnóstico econômico e social da empresa, bem como um inventário dos bens do devedor, ao que este deverá elaborar um plano de recuperação e, semelhante ao Direito Norte Americano, propor aos credores para sua aceitação direta, segundo explicam Marchetto e Miranda⁶⁶:

Para viabilizar a recuperação do devedor, permitindo a continuidade da operação da empresa seja de forma total ou parcial, elabora-se o plano de *sauvegarde* (artigo L626-2 do *Code de Commerce*), onde se projeta e se identifica as perspectivas de recuperação de acordo com as possibilidades e modalidades de atividades, condições de mercado e financiamento disponível, que será aprovado pelo Comitê dos Credores ou comissão das instituições de crédito.

O Direito Inglês, a seu tempo, flexibiliza o procedimento da recuperação por meio de criação de diversos institutos, dentre os quais o que pode ainda guardar alguma semelhança com o modelo pátrio de recuperação judicial é a figura do *insolvency practitioner*, um profissional especializado em matéria concursal que irá auxiliar o devedor em suas atividades durante o processo.

O pedido de recuperação judicial inglês consiste, basicamente, nas seguintes etapas: o devedor, requer em juízo a concessão do prazo de duas semanas de suspensão de todas as execuções em face da empresa; nomeia este, um mediador, o *isolvency practitioner*, que no prazo de duas semanas procederá na comunicação

⁶⁵ DOMINGUES, Matheus Bonenberger. Aprovação do plano de recuperação judicial em caso de rejeição pela Assembléia-Geral de Credores. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, RS, p. 21,24.

⁶⁶ MARCHETTO, Patricia Borba; MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. Considerações da lei falimentar no direito brasileiro em comparação ao direito francês. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 18, n. 1, p. 45-59, jul 2014.

dos credores e na apresentação de plano a ser elaborado pelos administradores da empresa em crise; com a comunicação da proposta de pagamento aos credores, o juiz ampliará a suspensão das execuções para quatro semanas, podendo ampliar, ainda, por mais duas; convoca-se a Assembleia de Credores, presidida pelo mediador, e comunica-se dela ao juiz; para aprovação da proposta deve haver a presença de todos os credores quirografários e a obtenção de acordo entre mais da metade dos credores presentes, os que não estiverem, não se submetem aos efeitos da suspensão, podendo tomar as medidas garantidoras de seus direitos; por fim, cabe ao mediador, ainda, assegurar a execução do acordo, supervisionando-a.

De acordo com Domingues⁶⁷:

Cabe ao *insolvency practitioner* atuar com máxima diligência para conserção da empresa, devendo proceder, inclusive, na elaboração do plano de recuperação e convocação dos credores, no prazo de três meses. Os credores também poderão, ao longo do procedimento, elaborar e apresentar plano de recuperação alternativo, que deverá ser aprovado por maioria.

No Direito Alemão, a *Insolvenzordnung (InsO)* trata da reorganização da empresa por meio da apresentação de um plano de recuperação, a ser elaborado pelo devedor ou pelo administrador da insolvência, e apresentado aos credores. Aceito o plano este será encaminhado ao juiz para sua homologação, o qual deverá observar se não houve tratamento desigual entre os credores, vislumbrando-se mesmo uma espécie de impugnação do credor prejudicado, revelando novamente a opção de mais esse ordenamento jurídico por conceder poderes de avaliação de mérito ao juiz da recuperação, assevera Domingues⁶⁸:

O direito alemão concede discricionariade ao juiz para rejeitar o plano se verificar que ele não tem condições de ser cumprido ou ser aprovado pelos credores.

Uma vez aceito pelo juiz, o plano é submetido à apreciação dos credores. [...] O § 251 da *InsO* regulamenta, em proteção aos credores minoritários, que o credor prejudicado pode requerer ao juiz a rejeição do plano quando tenha se oposto a sua aprovação e com o implemento da reorganização sua situação seja pior que seria caso não houvesse o plano. Verificada essa situação, o juiz deve recusar-se a homologar o plano.

A seu turno, o Direito Português, inspirado no Alemão, aloca o instituto da Recuperação Judicial, igualmente fundado na apresentação de um plano, a ser

⁶⁷ DOMINGUES, Matheus Bonenberger. Op. cit. p. 28.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 30

proposto pelo devedor, pelo administrador da insolvência ou pelos credores. A aprovação do plano se dá em Assembleia Geral, corroborando assim com a técnica legislativa europeia, que em uma quantidade massiva de ordenamentos dispõe da mesma maneira. Também nele, o juiz tem poder de apreciar o mérito do plano, buscando a preservação do direito de tratamento igualitário dos credores. O art. 207 do Código da Insolvência Português traz as hipóteses, taxativas, de rejeição do plano pelo juiz, enquanto que o art. 216 traz a possibilidade de não homologação deste caso o credor dissidente verifique situação menos favorável com a recuperação do que com a liquidação da empresa ou caso o plano proporcione a algum dos credores um valor superior ao de seus créditos originais. Tal argumento do credor no art. 216 é bastante coerente com as impugnações ao plano no regime da LRE, conquanto se dê em momento posterior à aprovação do plano em Assembleia⁶⁹.

Em verdade, a legislação portuguesa não trouxe um rigor excessivo quando da verificação dos pretensos créditos da recuperação, veja-se o art. 17-D do Código da Insolvência⁷⁰:

Artigo 17.º-D
Tramitação subsequente

[...]

2 - Qualquer credor dispõe de 20 dias contados da publicação no portal Citius do despacho a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo anterior para reclamar créditos, devendo as reclamações ser remetidas ao administrador judicial provisório, que, no prazo de cinco dias, elabora uma lista provisória de créditos.

3 - A lista provisória de créditos é imediatamente apresentada na secretaria do tribunal e publicada no portal Citius, podendo ser impugnada no prazo de cinco dias úteis e dispondo, em seguida, o juiz de idêntico prazo para decidir sobre as impugnações formuladas.

4 - Não sendo impugnada, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva.

5 - Findo o prazo para impugnações, os declarantes dispõem do prazo de dois meses para concluir as negociações encetadas, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez e por um mês, mediante acordo prévio e escrito entre o administrador judicial provisório nomeado e o devedor, devendo tal acordo ser junto aos autos e publicado no portal Citius. [...]

De pronto se nota um procedimento simples, sem delongas, e um pouco deficiente, conquanto não demonstra uma solidez a respeito da veracidade dos créditos, deixando margem à inclusão de credores ilegítimos, que num momento

⁶⁹ Ibidem. p. 31.

⁷⁰ PORTUGAL. Op. cit.

posterior poderiam transforma-se em verdadeiros empecilhos ao prosseguimento do processo de recuperação. Contudo, em seu art. 209⁷¹, o referido diploma surpreende ao prever a garantia de um tratamento devido aos credores que tiverem sido afetados pelo resultado do julgamento das impugnações à lista de credores reconhecidos:

Artigo 209.º

Convocação da assembleia de credores

1 - O juiz convoca a assembleia de credores para discutir e votar a proposta de plano de insolvência nos termos do artigo 75.º, mas com a antecedência mínima de 20 dias, e devendo do anúncio e das circulares constar adicionalmente que a proposta de plano de insolvência se encontra à disposição dos interessados, para consulta, na secretaria do tribunal, desde a data da convocação, e que o mesmo sucederá com os pareceres eventualmente emitidos pelas entidades referidas no artigo anterior, durante os 10 dias anteriores à data da assembleia.

2 - A assembleia de credores convocada para os fins do número anterior não se pode reunir antes de transitada em julgado a sentença de declaração de insolvência, de esgotado o prazo para a impugnação da lista de credores reconhecidos e da realização da assembleia de apreciação de relatório.

3 - O plano de insolvência aprovado antes do trânsito em julgado da sentença de verificação e graduação dos créditos acautela os efeitos da eventual procedência das impugnações da lista de credores reconhecidos ou dos recursos interpostos dessa sentença, de forma a assegurar que, nessa hipótese, seja concedido aos créditos controvertidos o tratamento devido.

Compreende-se que o legislador português conseguiu aliar praticidade e segurança ao seu procedimento de aprovação, garantindo a reanálise do mérito em caso de prejuízo do credor.

Por sua vez, a Legislação Recuperatória do Chile, Regida pela Lei nº 18.175/82, e bastante celebrada na doutrina comparada⁷², concede esta liberdade a devedor e credor buscarem em conjunto um acordo, com discreta participação do Estado, como bem demonstra seu art. 178, nº 6, que dispõe poderem as proposições de convênio versar sobre qualquer objeto, há também uma “Superintendência de Quebras”, organismo público com o objetivo de supervisionar e controlar a atuação dos síndicos, estes que pela lei chilena devem comprovar experiência qualificada na área econômica, comercial ou jurídica de pelo menos três anos. Discorre Domingues⁷³ acerca do instituto:

⁷¹ Ibidem.

⁷² DOMINGUES, Matheus Bonenberger. Op. cit. p. 24.

⁷³ Ibidem. p. 24-25.

A recuperação da empresa pode ser judicial ou extrajudicial. Nesta última, cabe ao devedor firmar acordo com os credores, que devem aprovar de forma unânime a proposta apresentada, podendo, inclusive, ser acordado que haverá intervenção de um síndico.

No âmbito judicial, existe a recuperação preventiva, requerida antes de qualquer pedido de quebra, e a simplesmente judicial, requerida no decorrer do processo de pedido de falência. O plano apresentado deverá ser aprovado pela junta de credores.

Separa-se para uma análise última e mais aprofundada o Direito Concursal Argentino, contido na Lei 24.522 de 1995 – Lei de Concursos e Quebras (LC), que por suas peculiaridades merece tal tratamento. O procedimento de verificação de créditos, lá nomeado de período informativo, tem início, de acordo com o art. 32 do referido diploma, como uma ação judicial, em que o credor solicita a verificação de seu crédito, indicando o montante, sua causa e seu privilégio, no que irá culminar na sentença que acolhe sua pretensão ao crédito, o síndico, figura equivalente ao administrador judicial da LRE, fará o trabalho investigativo para a formação de opinião sobre o crédito apresentado.

Após o prazo de apresentação de créditos, entre 15 (quinze) e 20 (vinte) dias (art. 14, inc. 3 da LC), o devedor e os demais credores deverão dirigir-se, em até 10 (dez) dias, ao domicílio do síndico para revisar e ofertar observações e impugnações aos créditos (art. 34 da LC). Tal possibilidade de revisão e impugnação de créditos antes de levado o informe individual do síndico ao magistrado demonstra uma preocupação do legislador em promover o máximo de lisura ao processo, evitando a figura do credor ilegítimo ou fraudador, usando de vários meios disponíveis na lei para alcançar este fim.

De posse dos documentos da verificação e do informe individual do síndico, o juiz deverá decidir, um a um, sobre a admissibilidade dos créditos e as impugnações ofertadas, o que difere em muito do procedimento pátrio, onde o juiz apenas homologa os créditos não impugnados, posto que naquele todos os créditos passarão pelo crivo da atividade jurisdicional, aumentando a segurança a respeito dos credores que figurarão na resolução judicial, equivalente estrangeiro do quadro geral de credores (art. 35 e 36 da LC).

Passando ao momento do concurso preventivo, oferecerá o devedor, dentro de um prazo de 90 (noventa) dias, chamado de período de exclusividade, a proposta de acordo preventivo (art. 43 da LC), de forma pública e a todos os credores, devendo obter a quorum do art. 45 da LC. Caso não consiga a aprovação do acordo

terá dois caminhos, a *savataje*, para as sociedades de responsabilidade limitada, por ações, cooperativas e da qual faça parte o Estado nacional, provincial ou municipal (art. 48 da LC), em que se tentará um novo acordo, promovido pelo devedor ou terceiro que o sucederá na atividade, ou a declaração de falência (art. 46 da LC). Obtido o acordo o juiz, à semelhança da LRE, fará mero controle de legalidade sobre o acordo, e, segundo o art. 52, inc. 4 da LC, estará proibido de homologar propostas abusivas ou em fraude à lei.

Nas lições de Vítolo⁷⁴:

Para que el acuerdo preventivo tenga efectos concursales, debe ser homologado por el juez. Dos ideas básicas presiden el régimen de la homologación judicial del acuerdo preventivo en la ley 24.522:

- a) la primera es restringir la autoridad jurisdiccional al control de legalidad en cuanto al cumplimiento de las exigencias formales y substanciales para la existencia del acuerdo preventivo, liberando al juez de tener que pronunciarse sobre aspectos ajenos al ejercicio de la jurisdicción;
- b) la segunda, que la homologación del acuerdo implica la novación de todas las obligaciones con causa u origen anterior al concurso preventivo⁷⁵ [...]

Quanto às impugnações oferecidas ao plano, à semelhança de Lei Portuguesa, serão oferecidas após firmado o acordo e antes da homologação do plano, contudo somente poderão fundar-se nos requisitos trazidos pelo art. 50 da LC, trata-se de um rol taxativo de causas, sobre os quais só poderá se manifestar o credor que não tiver adimplido à proposta, *in verbis*⁷⁶:

ARTICULO 50. Impugnación. Los acreedores con derecho a voto, y quienes hubieren deducido incidente, por no haberse presentado en término, o por no haber sido admitidos sus créditos quirografarios, pueden impugnar el acuerdo, dentro del plazo de cinco (5) días siguiente a que quede notificada por ministerio de la ley la resolución del artículo 49.

Causales. La impugnación solamente puede fundarse en:

- 1) Error en cómputo de la mayoría necesaria.
- 2) Falta de representación de acreedores que concurran a formar mayoría en las categorías.
- 3) Exageración fraudulenta del pasivo.

⁷⁴ VÍTOLO, Daniel Roque. Elementos Del Derecho Concursal. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 184.

⁷⁵ Para que o acordo preventivo tenha efeitos concursais, deve ser homologado pelo juiz. Duas ideias básicas presidem o regime de homologação judicial do acordo preventivo na lei 24.522:

- a) a primeira é restringir a autoridade jurisdiccional ao controle de legalidade quanto ao cumprimento das exigências formais e substanciais para a existência do acordo preventivo, liberando o juiz de ter que pronunciar-se sobre aspectos alheios ao exercício da jurisdição;
- b) em segundo, que a homologação do acordo implica na novação de todas as obrigações com causa ou origem anterior ao concurso preventivo [...] (tradução nossa)

⁷⁶ ARGENTINA. Ley 24.522, de 07 de Agosto de 1995. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 1995.

- 4) Ocultación o exageración fraudulenta del activo.
 - 5) Inobservancia de formas esenciales para la celebración del acuerdo.
- Esta causal sólo puede invocarse por parte de acreedores que no hubieren presentado conformidad a las propuestas del deudor, de los acreedores o de terceros.⁷⁷

Não parece ser esta a melhor saída para as impugnações, posto que seu caráter diverso e dinâmico não se atém às formulas prontas da lei, podendo resultar essa taxatividade em cerceamento do direito dos credores.

Ao fim dessa busca por uma solução ao problema do credor ilegítimo, constata-se que no plano internacional, com raras exceções, a legislação estrangeira confere um poder muito maior ao magistrado do que na LRE, havendo a apreciação do mérito do plano de recuperação pelo juiz, de modo a proteger os credores de eventuais prejuízos derivados de inconformidades do plano, tratamento desigual, sacrifício do crédito maior do que na liquidação, dentre outros, que na norma nacional seriam objeto das impugnações.

Há ainda uma tendência em promover a aprovação do plano de forma expressa, diferenciando-se do critério da preclusão previsto na LRE, um grande número de ordenamentos condiciona a aprovação do plano ao crivo da Assembleia Geral de Credores, para só então ser apresentado ao judiciário para sua homologação, tal prática se vê valiosa na medida em que de pronto confere aos credores o poder decisório, deixando espaço ainda a impugnações que eventualmente surjam mesmo após sua aprovação, ao que caberá ao judiciário dirimi-las.

Por fim, há um aparente esforço em compensar, dentro da Legislação Concursal de cada país, as deficiências existentes quanto às etapas de verificação de créditos e de aprovação do plano, onde uma é mais completa e oferece maior segurança a outra é mais simples e deixa margem a várias conjecturas, dirimíveis,

⁷⁷ Artigo 50. Impugnação. Os credores com direito a voto, e que houverem deduzido incidente, não haverem se apresentado a tempo, ou por não terem sido admitidos seus créditos quirografários, pode impugnar a acordo, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da sua notificação por meio da resolução do artigo 49.

Causas. A impugnação somente pode basear-se em:

- 1) Erro no cálculo da maioria necessária.
- 2) Falta de representação dos credores que concorrem para formar maioria nas categorias.
- 3) Exagero fraudulento do passivo.
- 4) Ocultação ou exagero fraudulento do ativo.
- 5) Inobservância das formas essenciais para a celebração do acordo.

Estas causas só podem ser invocadas pelos credores que não houverem concordado com as propostas do devedor, dos credores ou de terceiros.

contudo, por força da certeza e garantia emanadas da primeira. Nesse contexto, padece a LRE de meios que proporcionem maior segurança ao devedor, ao credor e aos trabalhadores e a sociedade, como uma verificação de créditos minuciosa, e um procedimento de aprovação que prestigie em primeiro plano a atuação direta e precisa dos credores.

4.4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA COLISÃO

Como visto, não há no corpo da LRE, ou mesmo da legislação estrangeira, uma resposta satisfatória para o problema do credor ilegítimo. Diante desse impasse blocos de princípios surgem, rebatendo-se de forma antagônica, para a proposição da solução mais adequada ao dilema processual.

Os princípios do devido processo legal, da economia e da celeridade e eficiência processuais contrapõe-se aos da segurança jurídica, da viabilidade da empresa e da dignidade da pessoa humana, de tal que se formam dois blocos, os quais se lastreiam pelos demais princípios que regem a LRE. O princípio da unidade, universalidade do concurso e igualdade de tratamento dos credores, contido no art. 126 da LRE e usado para harmonizar as relações patrimoniais não reguladas expressamente na lei, não traz clareza ao cenário proposto, ao que deva se atentar o fato do magistrado não poder permanecer inerte diante de tal situação.

Em verdade, segundo o art. 126 do CPC, o juiz não pode eximir-se de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe no julgamento da lide, e lembre-se que a natureza da impugnação ao plano é de defesa processual, aplicar as normas legais, e em não as havendo, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Sabe-se há verdadeira lacuna normativa a respeito do tema dentro do corpo da LRE, quanto à analogia, as regras do Processo Civil são claras quanto à sua subsidiariedade aos ritos especiais, entre eles a própria LRE, contudo, não há também resposta acerca da indagação feita, justamente por seu caráter especial e diferenciado quanto aos atos processuais, resta por fim a aplicação dos princípios contidos na LRE e no corpo constitucional e processual civil.

Dworkin⁷⁸, em estudo sobre a Teoria dos Princípios, explica a diferença entre a oposição de regras e de princípios, para o citado autor as regras se aplicam ou não, na base de aplicação do “tudo-ou-nada”. Dessa forma, quando duas regras que integram o mesmo ordenamento jurídico se contrapõem, somente uma delas será aplicada. A solução para decidir qual delas aplicar poderá se dar na forma de uma exceção legal previamente criada para este fim, como a preferência pela regra especial, diante da de caráter geral, e da norma mais atual, diante da mais antiga, ou então, caso não haja tal regra de exceção, um deles será considerado válido e o outro inválido, mas somente um juízo de dever-ser se adequará à conduta fática, em suas lições destaca⁷⁹:

The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, they either the rule is valid, in which case the answers it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision⁸⁰.

Já os princípios são tratados diferentemente. São estes dotados de uma dimensão além das regras, pois possuem um peso ou uma importância por assim dizer, de forma que não ficam adstritos ao modelo do *all-or-nothing*. Segundo o autor⁸¹, é possível vislumbrar de melhor forma a natureza dicotômica existente entre princípios e regras quando se está perante casos complicados (*hard cases*), em que se demanda o ajuste de princípios à situação fática, tendo em vista não haver regras capazes de fazê-lo, aí então deverá ser feita a análise do peso de cada princípio para descobrir qual será o mais adequado. As regras não possuem essa dimensão de peso, são sim dotadas de um funcionalismo que as considera maiores ou mais importantes, umas sobre as outras, em suas palavras⁸²:

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 24.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Ambos os conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias particulares, mas diferem quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada. Dado os fatos que uma regra estabelece, então ou a regra é válida, caso em que as respostas que fornece devem ser aceitas, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão. (tradução nossa)

⁸¹ *Ibidem*. p. 22.

⁸² *Ibidem*. p. 26-27.

This first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting auto-mobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weight it is.

Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being *functionally* important or unimportant [...]. In this sense, one legal rule may be more important than another because it has a greater or more important role in regulation behavior. But we cannot say that one rule is more important than another within the system of rules, so that when two rules conflict one supersedes the other by virtue of its greater weight.⁸³

Alexy⁸⁴ ensina que o conflito entre regras se resolve no plano da validade, de tal que somente uma delas será válida para determinado caso concreto, enquanto a outra será considerada inválida, pois não é possível que possam ser aplicados dois juízos reciprocamente contraditórios ao mesmo à mesma situação fática, conforme elucida⁸⁵:

Una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica. Cualquiera que sea la forma cómo se los fundamente, no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser reciprocamente contradictorios. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas.⁸⁶

⁸³ Esta primeira diferença entre regras e princípios implica outra. Princípios têm uma dimensão que as regras não fazer têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intersectam (por exemplo, a política de proteger os consumidores automóveis que se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta o peso relativo de cada um. Isto não pode ser, é claro, uma mensuração exata, e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra, muitas vezes, será controverso. No entanto, essa dimensão é parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar o quão importante ele é ou que peso ele têm. Regras não tem essa dimensão. Podemos falar de regras como sendo funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Neste sentido, uma regra legal pode ser mais importante do que a outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante do que outra dentro do mesmo sistema de regras, de modo que quando duas regras conflitam uma suplanta a outra, em virtude de sua importância maior. (tradução nossa)

⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Seja importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que valham dois juízos de dever-ser reciprocamente contraditórios. Se se constata a aplicabilidade das duas regras com consequências reciprocamente contraditórias num caso concreto e esta contradição não pode ser eliminada através da introdução de uma cláusula de exceção, então deve ser declarada inválida, pelo menos, uma das regras. (tradução nossa)

Todavía, quando princípios se opõem reciprocamente, não mais poderá ser usado o plano de validade para resolver tal controvérsia, posto que estes não se excluem entre si, sendo todos dotados de validade, denomina-se este impasse de colisão de princípios. Para resolver um problema de colisão, o critério utilizado será o peso dos princípios que desejam ser adequados, assim, um deverá dar lugar ao outro que possui maior peso, sem que isso acarrete em sua invalidez, esta escolha por sua vez deverá estar fundada em critérios de precedência condicionados às circunstâncias de cada situação em particular, conforme explica o a pouco referido autor⁸⁷:

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez: la colisión de principios —como solo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso⁸⁸.

Não é possível estabelecer que um princípio sempre valerá mais que outro, pois não se comportam como regras, tampouco admitem as exceções prévias. Possuem ambos os colidentes validade dentro do ordenamento jurídico. Não há um mais válido que outro, nem um mais importante que o outro, pois todos compartilham dessa dimensão de importância. Dizer que um princípio será sempre precedido por outro é negar sua validade e equiparar-lhe ao patamar de regra, nas lições de Alexy⁸⁹:

⁸⁷ Ibidem. p. 89.

⁸⁸ As colisões de princípios devem ser solucionados de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão —tal como é o caso quando segundo um princípio algo é proibido, e segundo outro princípio, está permitido— um dos dois princípios deve ceder para o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio cedente, nem que nele deva se introduzir uma cláusula de exceção. Em vez disso, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um princípio precede ao outro. Em outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser resolvido de forma inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que consagra o princípio de maior peso. Conflitos de regras ocorrem na dimensão de validade: a colisão de princípios, —como só podem colidir princípios válidos— ocorre para além da dimensão de validade, na dimensão do peso. (tradução nossa)

⁸⁹ Ibidem. p. 105.

Las contradicciones de normas en sentido amplio que tienen lugar dentro del ordenamiento jurídico son siempre colisiones de principios y las colisiones de principios se dan siempre dentro del ordenamiento jurídico. Esto pone claramente de manifiesto que el concepto de colisión de principios presupone la validez de los principios que entran en colisión. Por ello, la referencia a la posibilidad de catalogar a los principios como inválidos no afecta el teorema de la colisión sino que simplemente revela uno de sus presupuestos.⁹⁰

Frente a isso, a ocorrência de dois blocos de princípios que se contrapõem, dentro da temática do credor ilegítimo que impugna o plano de recuperação, constitui uma colisão de princípios. Contudo, não se pode afirmar que haja uma precedência *prima facie* de um sobre o outro, não há, nesse estágio, anterior à ocorrência da situação conflituosa, cada um deles limita a possibilidade de cumprimento outro. Diferente das regras, não é possível sujeitar os princípios à tutela das mesmas exceções previstas normativamente, para que seja encontrado qual deles haverá de ter o maior peso será necessário observar os fatores determinantes da resolução de tal oposição, pois há um condicionamento decorrente das circunstâncias em que se encontram.

Assim prescreve Alexy⁹¹:

Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.⁹²

⁹⁰ As contradições normativas em sentido amplo que têm lugar dentro do ordenamento jurídico são sempre colisões de princípios, e as colisões de princípios se dão sempre dentro do ordenamento jurídico. Esta é uma prova clara de que o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que colidem. Por isso, a referência à possibilidade de classificar princípios como inválidos não afeta o teorema da colisão, mas simplesmente mostra um dos seus pressupostos. (tradução nossa)

⁹¹ Ibidem. p. 91-92.

⁹² Tomados em si mesmos, os dois princípios conduzem a uma contradição. Contudo, isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro. Esta situação não é solucionada declarando que um dos dois princípios é inválido e eliminando-o do sistema jurídico. Ela tampouco é resolvida através da introdução de uma exceção a um princípio de modo que em todos os casos futuros este princípio deva ser considerado como uma regra satisfeita ou não. A solução da colisão consiste em, dadas as circunstâncias do caso, se estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, dado o caso, se indicam as condições diante das quais um

Parte-se então para a análise dos princípios em questão. O princípio da segurança jurídica busca trazer a maior clareza e precisão possíveis quando da interpretação das normas da LRE, para que se evitem dubiedades que tragam insegurança aos institutos, prejudicando a consecução dos objetivos pleiteados pelas partes. No contexto do trabalho apresentado, tal princípio se concretiza em quanto uma garantia constitucionalmente prevista, permeada por todo o art. 5º da CF, tal garantia se mostra realizada quando se têm por superada a dubiedade e indecisão.

O princípio da viabilidade da empresa está intimamente ligado com o da eliminação da empresa inviável, de sorte que se a empresa não faz jus ao benefício do instituto recuperatório, o que pode se dar pela situação de irreversível crise, rejeição do plano ou incapacidade de cumpri-lo, o melhor será liquidação, tanto para credores quanto para o mercado, assim, tal princípio fica condicionado à viabilidade econômico-financeira da empresa, que se não existir, direcionará aquele a concretizar-se por meio da declaração de falência.

E por fim, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, compreendido como direto individual, pugna pela preservação das condições dignas de existência dos trabalhadores e suas famílias, os mais afetados com a insolvência empresarial, ao que diante de uma situação dúbia em que não se sabe o real destino da empresa diante do possível prejuízo ao plano, há um impasse dos trabalhadores, que devem decidir ficar e se arriscar a ver suas verbas alimentares não se concretizarem, ou procurar outro emprego, lançando-se ao mar de insegurança do mercado. Os princípios acima descritos compõe o bloco tratado a partir de então como P₁.

O segundo bloco de princípios é composto pelo devido processo legal, também garantia constitucional, inscrita no art. 5º, LIV da CF, segundo o qual o ato, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei, alcança seu objetivo na situação estudada pela primazia da regra da preclusão, já os princípios da economia e da celeridade e eficiência processuais resguardam o processo de sua inefetividade temporal, buscando o máximo resultado com o mínimo emprego possível de atividades processuais, desenvolvendo-o em tempo razoável, de modo a garantir a utilidade do resultado alcançado ao final da

princípio precede a outro indicado. Sob outras condições, a questão da prioridade pode ser solucionada inversamente. (tradução nossa)

demanda, efetivando-se no caso apresentado pela não convocação da Assembleia Geral e pelo impedimento que se reabram prazos para pratica de atos referentes à etapas que já se passaram, posto que o processo caminha para frente. Tais princípios constituem o bloco por diante denominado P_2 .

Diante de P_1 e P_2 ⁹³ não se pode, antes de inseri-los dentro do contexto trabalhado, dizer qual deles será mais importante para solucionar a questão do credor ilegítimo. A relação de precedência, tratada como P , não pode ser identificada senão após constatação das condições a que está exposta a colisão. A condição apresentada, tratada agora como C , é aquela em que o credor ilegítimo impugna o plano de recuperação e depois é excluído, após o fim do prazo para impugnar, o que pode vir a causar um prejuízo aos credores que se julgavam acobertados pela já proposta objeção. Ao final, tem-se que a relação de precedência P entre P_1 e P_2 está sujeita à condição C , ao que surge o seguinte teorema: $(P_1PP_2)C$ ⁹⁴.

Essa condição C divide-se em situações pontuais, adiante tratadas, que constituirão em argumento para realizar a ponderação em busca do bloco de princípios que terá a precedência sobre o outro. Fato é que toda a condição diferente a que estiverem sujeitos os blocos de princípios levará a uma nova relação de precedência, na qual poderá culminar pela constatação de um diferente bloco a ser precedido, ensina Alexy⁹⁵:

Las condiciones bajo las cuáles un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.

Esta ley, que será llamada "ley de colisión", es uno de los fundamentos de la teoría de los principios aquí sostenidos. Refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Al mismo tiempo, constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resultan de la proximidad de la teoría de los principios con la teoría de los valores.⁹⁶

⁹³ Ibidem. p. 92-94.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem. p. 94-95.

⁹⁶ As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.

Esta lei, que será chamada de "lei de colisão", é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui sustentada. Reflete o caráter dos princípios e mandamentos de otimização, entre os quais, em primeiro, não há relações de precedência absoluta, e em segundo, se refere a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constitui a base para respostas às objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. (tradução nossa)

Passa-se agora a discutir os argumentos sobre os quais se funda a relação de precedência condicionada. Tem-se que as situações decorrentes da condição C se desencadeiam em sequência lógica. Em primeiro plano há uma lacuna normativa, tal lacuna da LRE gera uma insatisfação nos credores que, confiando-se num processo que busca proteger e resguardar seu direito de ver o crédito adimplido, acabam por sofrer um latente prejuízo, prejuízo este de ver um plano de recuperação que não contempla sua aprovação ou então que trará um grande sacrifício, seu ou dos demais credores, quanto ao crédito a receber. Surge, então, uma insegurança, a LRE não é capaz de proteger seus interesses. O processo não concretizou-se da forma esperada por eles, ao que surge por fim um descrédito na instituição da recuperação judicial, em que os credores de outras empresas atingidas pela crise poderão perguntar-se o porquê de participarem de um processo que não traz a eles a segurança necessárias aos seus direitos. Diante disso, é claro que não é esta a intenção da lei.

Deve-se atentar para a grande e principal finalidade do processo de insolvência empresarial, a qual seja, no bojo de um grande concurso de credores, distribuir entre eles, atentando ao montante de seus direitos e às preferências previstas na lei, os ativos restantes do devedor. Diante de todo o processo de evolução histórica do Direito Falimentar, viu-se que a primordial função deste era a satisfação do crédito, e que, com as crescentes mudanças na legislação e na sociedade, não mais se consignava a ideia de destruição plena do organismo empresarial para ver tal direito satisfeito, ao que foi trazida a possibilidade de salvar a empresa, por meio de um processo recuperatório. Contudo, não é esta a finalidade principal desse ramo do Direito. A atividade empresarial é uma atividade de risco. Não cabe ao credor suportar os prejuízos que o empresário venha a sofrer, tampouco a recuperação é um valor absoluto dentro no ordenamento jurídico, observe-se que não há uma contraposição direta entre a satisfação do crédito e a recuperação da empresa, mas, caso esta cause um prejuízo à consecução daquela, não mais poderão ser conciliados os dois interesses, o que levará conseqüentemente a um quadro de falência e liquidação. Em relação ao dilema enquanto processo, é cediço que não é dado ao juiz da recuperação conhecer sobre o mérito da impugnação, tal função cabe na LRE somente à Assembleia Geral, que poderá então se pronunciar sobre a realidade do prejuízo alegado em impugnação.

Expostos as circunstâncias e argumentos do caso apresentado, a constatação da relação de precedência será feita com o uso do princípio da proporcionalidade *latu sensu*. Conforme Alexy⁹⁷, tal princípio subdivide-se em três máximas, as quais serão levadas em conta para concluir qual será o resultado mais acertado à situação fática. São elas a proporcionalidade *stricto sensu*, a adequação e a necessidade, respectivamente correspondentes à relação de precedência em si, às possibilidades jurídicas que poderiam ser aplicadas, e finalmente, quais delas seriam os melhores resultados para a colisão entre os princípios apresentados e a situação concreta.

A proporcionalidade em sentido estrito leva até a “lei da ponderação”, nesse sentido, os princípios que foram expostos, dada sua natureza de direitos fundamentais constitucional e legalmente previstos, serão sopesados, para que seja otimizada a busca pelas possibilidades jurídicas de solução ao problema. Expõe o mencionado autor⁹⁸:

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades *fácticas*.⁹⁹

⁹⁷ Ibidem. p. 111-112.

⁹⁸ Ibidem. p. 112-113.

⁹⁹ Os princípios são mandamentos de otimização em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de ponderação, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em conflito com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto. Para chegar a uma decisão, é necessária uma ponderação no sentido da lei de colisão. Como a aplicação de princípios válidos, quando aplicáveis, é obrigatória, e como para a aplicação em um caso de colisão é requerida uma ponderação, o caráter de princípio das normas de direito fundamental implica que, quando colidem com princípios opostos, há uma necessidade de ponderação. Isso significa, por sua vez, que a

Passa-se então à atividade de ponderação entre os blocos de princípios apresentados, analisada as circunstâncias a que está sujeita a colisão percebe-se que a lacuna processual provoca prejuízo ao direito do credor ao ato processual, na medida em que se sentia amparado pela impugnação antes proposta e depois não mais. Se se priva o credor de sanar este empecilho abre-se a porta da recuperação ao prejuízo do crédito e até à incapacidade futura de cumprimento do plano, por outro ângulo, se condiciona todo um aparato econômico dispendioso a funcionar pela reunião da Assembleia de Credores, sujeitando o credor à perda do prazo suspensivo.

Deve ser levado em consideração que o interesse público de ver a situação de insolvência resolvida com o mínimo de sacrifício dos credores e do devedor não é contrário à liquidação da empresa, caso contrário só existiria o processo recuperatório no Direito pátrio. Destarte, entre não oferecer oportunidade aos credores, afetando-lhes os direitos e expondo-os ao prejuízo, aprovando o plano e prestigiando apenas o processo pro si mesmo, conforme resultado da aplicação de P_2 , e abrir novamente a discussão acerca das impugnações, sujeitando o credor à perda do prazo de suspensão das ações e execuções e ao gasto financeiro da Assembleia para os demais, conforme a realização de P_1 , deve-se propugnar pela precedência de P_1 , pois ainda que houvesse o risco de perda do prazo e o gasto financeiro, a possibilidade de prejuízo ao crédito estaria afastada, contrariamente, a aplicação de P_2 produziria como resultado o prejuízo latente de ter-se os créditos por insatisfeitos no futuro, o descontentamento dos credores e a antinomia e insegurança jurídicas, cenário que levará possivelmente à morte da empresa, que, por não ter um plano sólido, elaborado de acordo com as necessidades dos credores e a possibilidade de sua realização, se verá incapaz de cumpri-lo ou pedir nova recuperação.

Assim, o conjunto formado por P_1 tem um peso maior em relação à P_2 diante da impugnação do credor ilegítimo, devendo precedê-lo segundo a ponderação de

máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter de princípio das normas de direito fundamental.

Da máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre que os princípios são mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem do caráter dos princípios e mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas. (tradução nossa)

entra sua aplicação e as possibilidades jurídicas. Consoante à lei da ponderação aborda Alexy¹⁰⁰:

De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la cláusula "relativo a las posibilidades jurídicas", aquello que es ordenado por el respectivo principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos. La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos.¹⁰¹

O resultado a ser obtido pelo uso da ponderação poderia ser diferente se diante da condição C houvesse uma situação diversa da apresentada, por exemplo, ainda que a impugnação tenha sido proposta por credor ilegítimo. Mas se por motivos de carácter personalíssimo, que não afetassem a mais ninguém senão a ele mesmo, a precedência seria em favor de P₂, pois que não haveria ameaça real de prejuízo aos demais credores. Assim, se não impugnaram o plano em momento hábil, não poderão alegar razão para uma nova discussão sobre ele, até mesmo por falta de outra das condições da ação, o interesse de agir, ao que se não ofertaram objeção antes da preclusão, não mais poderão fazê-lo, por falta de interesse, haja vista que o conteúdo prejudicial presente na impugnação proposta não os afetaria diretamente, resultando finalmente na não convocação da Assembleia Geral. Sobre essa concordância acerca dos princípios utilizados na otimização das questões discorre Alexy¹⁰²:

Ya del concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de una cuestión de o-todo-o-nada, sino de una tarea de optimización. En esta medida, el modelo de ponderación aquí sostenido responde al llamado principio de la concordancia práctica. Tampoco es correcta la objeción según la cual no habría ninguna pauta sobre la base de la cual pudiera decidirse la ponderación, por lo tanto, la máxima de la ponderación de bienes sería una "fórmula vacía".¹⁰³

¹⁰⁰ Ibidem. p. 161.

¹⁰¹ De acordo com a lei da ponderação, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro. Já na definição do conceito de princípio, com a cláusula "dentro das possibilidades jurídicas", o que é ordenado pelo respectivo princípio foi posto em relação com aquilo que é ordenado por princípios opostos. A lei da ponderação diz em que consiste esta relação. Mostra claramente que o peso dos princípios não é determinável em si mesmo ou de forma absolutamente, mas sempre pode falar-se tão somente de pesos relativos. (tradução nossa)

¹⁰² Ibidem. p.166-167.

¹⁰³ Do próprio conceito de princípio resulta que a ponderação não se trata de uma questão de tudo-ou-nada, mas de uma tarefa de otimização. Nesta medida, o modelo de ponderação aqui sustentado corresponde ao

Partindo-se para a análise da adequação, não podendo o magistrado, diante da relação de precedência apresentada, apenas optar pela não convocação da Assembleia Geral, existem três possibilidades a serem adotadas por ele para atender aos interesses do bloco de princípios P_1 , quais sejam: convocar a Assembleia, reabrir o prazo para impugnações, e por fim abrir prazo para manifestação das partes sobre eventual prejuízo e ratificação da impugnação.

Tais possibilidades jurídicas estão de acordo como o esperado por meio da relação de precedência apontada, porém, o critério da necessidade exige que a possibilidade jurídica esteja de acordo com a possibilidade fática¹⁰⁴. Assim, procurando a máxima harmonização com o ordenamento jurídico, não é possível que se aceite diretamente a convocação da Assembleia Geral de Credores pura e simplesmente, pois caso isso aconteça estará o magistrado emanando juízo de valor sobre o conteúdo da impugnação, o que é vedado pela LRE. Também não poderá reabrir o prazo para as impugnações, há que se observar que a aplicação de P_1 não exclui a existência de P_2 , o critério da proporcionalidade não significa a exclusão do princípio precedido do ordenamento jurídico, haja vista continuar válido, de tal que a preclusão ainda é um critério acertado, caso contrário seria admitir que os credores que tivessem diferentes motivos para objetar o plano ganhassem uma nova oportunidade para fazê-lo, desvirtuando-se o instituto.

Diante dos critérios da adequação e da necessidade, a única possibilidade que os satisfaz tanto jurídica quanto faticamente é a abertura de prazo para manifestação das partes sobre eventual prejuízo e ratificação da impugnação, o qual deverá ser precedido de despacho devidamente fundamentado, respeitada quanto ao lapso temporal a regra dos arts. 177 e 185 do CPC. Dessa forma, diante de uma impugnação de caráter geral, qualquer credor terá a oportunidade de ratificar pela causa prejudicial apresentada na impugnação do credor ilegítimo, levando o assunto para ser decidido em Assembleia, a qual deliberará sobre ele, e em consequência sobre a aprovação do plano, caso não haja manifestação não será aquela convocada a reunir-se. Adotada esta atitude não haverá perdedores ou prejudicados, pois, quer seja para a aprovação do plano ou para a convalidação em

chamado princípio da concordância prática. Tampouco está correta a objeção segundo a qual não haveria nenhum parâmetro como base da qual poderia decidir-se a ponderação e que, por isso, a máxima da ponderação de interesses seria uma "fórmula vazia".

¹⁰⁴ Ibidem. p. 114.

falência, haverá segurança entre as relações de credores e devedor dentro do processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao exposto, é possível perceber que a criação do instituto da Recuperação Judicial representou o avanço histórico no tratamento da condição de insolvência, passando por transformações de cunho social que atribuíram uma nova feição ao Direito Falimentar, pelo que se usa de métodos menos radicais para garantir a satisfação do devedor, e sempre que viável, a preservação da empresa, promovendo a proteção deste importante organismo social, para que com ele sejam preservados os interesses de trabalhadores, consumidores, fisco, mercado e a sociedade como um todo.

Com efeito, a crise econômica não significa realmente o fim para a empresa, dado que, caso o mercado não a socorra, o próprio Estado passará a intervir na tutela do interesse privado, em nome da proteção de interesses que transcendem a esfera particular do crédito. Surge a LRE para promover um acertamento nas relações entre devedor e credores, buscando, através de um plano de recuperação, conciliar interesses, garantir o pagamento das dívidas, e propiciar a continuidade da atividade empresarial.

A antiga Concordata falhara terrivelmente na missão de promover a composição dos interesses de credores e devedor, ao que não conseguia preservar qualquer um deles. Pondo a empresa como valor secundário, era destinada ao empresário, e servia muito mais protelar a liquidação do que realmente como um acordo preventivo, dando margem à dilapidação do patrimônio e perecimento dos ativos restantes, ofertando guarida às práticas fraudulentas de devedores desonestos.

Em oposição à antiga LFC, a LRE rebate o instituto da Concordata, que já não atendia mais aos interesses da sociedade, tendo em vista a modernidade em que estão envolvidas as relações econômicas, a tecnologia e o caráter dinâmico do mercado, propondo um modelo atual e coerente.

Tendo em vista que se desenvolve como processo, tem natureza processual civil de rito especial, com suas peculiaridades e princípios próprios que a regem, cabe resaltar dentre eles os que com mais força se destacam, a economia e a celeridade e eficiência processuais, a segurança jurídico-processual de suas

relações, a função social da empresa e a viabilidade econômico-financeira, e a dignidade da pessoa humana.

Enquanto processo, desenvolve-se em fases, primeiro com o pedido de processamento, depois com a habilitação dos credores e a apresentação do plano de recuperação, a etapa de oferta das impugnações e subsequente aprovação ou rejeição do plano, e a fase de cumprimento.

Dentre as fases, há que se observar a gravidade da etapa de oferta de impugnações, por revelar esta vários reflexos negativos sobre o plano que podem colocar a recuperação da empresa em perigo, diante disso, surge o problema do credor ilegítimo, que tenha figurado no quadro geral de credores, mas que, por se ter descoberto que seu crédito não é legítimo para figurar dentro do processo, fora excluído da recuperação.

Caso tal credor seja o único a impugnar o plano, quando da sua exclusão, não há uma regra contida na LRE que especifique o que ocorrerá com aquela objeção, da mesma forma, devido à especialidade normativa, o restante do sistema processual civil não conseguiu satisfazer a tal questionamento.

Vislumbra-se que a impugnação tem natureza de defesa processual contra condições prejudiciais à satisfação do crédito e ao tratamento igualitário dos credores, dentre outros, e que se seguindo a sistemática processual, ofertada a defesa por um dos litisconsortes, a todos se lhes aproveita, de tal que não mais serão necessárias novas impugnações sobre o mesmo assunto.

Diante disso, a impugnação do credor ilegítimo é ponto obscuro, sobre o qual se tem em vista vários interesses de credores que, confiando estarem protegidos e assegurados quando à convocação da Assembleia Geral, se veem em situação de premente prejuízo. A legislação estrangeira, com acerto, previne tais problemas quanto à impugnação por meio do controle jurisdicional, ao que, diferentemente, a LRE põe o juiz nesta aspecto a cargo de mero revisor de requisitos legais.

Em face desta celeuma jurídica existem fatores que se chocam quando da busca por uma solução eficaz, princípios que se contrapõem em um cenário em que se parece haver por certa a lesão aos atores do processo recuperacional. Busca-se então a solução deste impasse à luz da Teoria da Colisão, em que a aplicação dos critérios da proporcionalidade, necessidade e adequação considera por mais acertada a precedência dos princípios da segurança jurídica e dignidade da pessoa

humana frente ao rigor do formalismo processual, sem que com isso seja ele desprezado por completo.

Como resultado de uma atividade de ponderação, o mais acertado a se dizer é que, frente ao problema de impugnação única, ofertada por credor ilegítimo, deve o juiz oferecer não a oportunidade para apresentação de novas impugnações, mas sim abrir a possibilidade de que possam se pronunciar sobre o feito, ratificando a impugnação proposta, e garantindo com isso a convocação da Assembleia Geral, esta por sua vez, será a maneira mais acertada de decidir sobre o futuro da empresa devedora, seja para aprovação do plano ou sua rejeição e conseqüente convolação em falência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARBIT, Saúl José. **Derecho Concursal**. v. 1. 1. ed. Buenos Aires: Quorum, 2007.

ARGENTINA. **Ley 24.522, de 07 de Agosto de 1995**. Ley de Concursos y Quiebras. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 1995.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. **Aspectos processuais da recuperação judicial**. 2012. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, SP.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1966.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código do Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1973.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2002.

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Lei de Recuperação de Empresa. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2005.

CARVALHO, Albadilo Silva. **Recuperação judicial da empresa com fundamento no princípio da viabilidade econômico-financeira**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1730>> Acesso em: 20 fev 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Comissão de Assuntos Econômicos. **Parecer nº 534, de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC nº 71, de 2003**. Diário do Senado Federal. Brasília, 10 jun 2004.

DOMINGUES, Matheus Bonenberger. **Aprovação do plano de recuperação judicial em caso de rejeição pela Assembléia-Geral de Credores**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, RS.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Felipe Alberto Verza. **Função social da empresa**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6967>>. Acesso em: 20 fev 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Obrigações**. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Jorge. **Ação de Recuperação Judicial da Empresa**. Disponível em: <<http://www.jlobo.com.br/artigos1.asp?seq=20>>. Acesso em: 20 fev 2015.

_____. **Acordo Extrajudicial entre o Devedor e seus Credores, para evitar a Falência**. Disponível em: <<http://www.jlobo.com.br/artigos1.asp?seq=32>>. Acesso em: 20 fev 2015.

LÓPEZ, María Teresa Vizcaíno. **Declaración del Concurso sobre el Deudor en el Sistema Jurídico Español**. Disponível em: <<http://www.unla.mx/iusunla13/reflexion/efectos.htm>>. Acesso em: 20 fev 2015

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresa**. v. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Manual de Direito Empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCHETTO, Patricia Borba; MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. **Considerações da lei falimentar no direito brasileiro em comparação ao direito francês**. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 18, n. 1, p. 45-59, jul 2014.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Das fallências e dos meios preventivos de sua declaração**. v. 1. São Paulo: Typographia Brazil de Carlos Gerke & Cia, 1899.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas e Falência**. v. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A função social da empresa e o novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3763>>. Acesso em: 20 fev 2015.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março**. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Diário da República. Lisboa, 2004.

VÍTOLO, Daniel Roque. **Elementos Del Derecho Concursal**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

UNITED STATES OF AMERICA. **United States Code: Title 11. Bankruptcy Code**. Federal Register. Washington, 1978.