

OTÁVIO JOAQUIM RODRIGUES FILHO

Processo de Recuperação Judicial:

Consensualidade e Jurisdição

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

OTÁVIO JOAQUIM RODRIGUES FILHO

**Processo de Recuperação Judicial:
Consensualidade e Jurisdição**

Tese de Doutorado apresentada à banca examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

OTÁVIO JOAQUIM RODRIGUES FILHO**Processo de Recuperação Judicial:
Consensualidade e Jurisdição**

Tese de Doutorado apresentada à banca examinadora do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Ricardo de Barros Leonel.

Aprovação em ___/___/2018.

BANCA EXAMINADORA

RICARDO DE BARROS LEONEL

Aos meus pais, Octavio (*in memoriam*) e Lucília, pelos valores e caminho que me mostraram.

À minha querida esposa, Andréia, e aos meus filhos, Natália e Artur; com eles tudo faz sentido.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é uma virtude ampla, certamente ligada a outros bons sentimentos, dentre eles a humildade, porque é grato aquele que reconhece suas limitações, que pode compreender que sem ajuda de outras pessoas nada faria. Passados três anos de atividades que resultaram no presente trabalho, há muito que agradecer e desde já peço que me perdoem aqueles que aqui não me refiro nominalmente; são breves estas linhas e inevitável a limitação.

Quanto aos agradecimentos, não poderia deixar de começar pelo meu orientador, o prezado e ilustre Professor Ricardo de Barros Leonel, que desde início da pós-graduação me abriu as portas para o começo de uma longa jornada, como uma viagem muito desejada, para um destino que não se conhecia, mas que reconheço ter sido extraordinária e muito gratificante. Sou testemunha do seu exemplo de vida dedicada ao trabalho, da sua serenidade e de muitas outras qualidades que possuí, sempre disposto a orientar e a expressar uma palavra amiga, de estímulo e de apoio.

Além do meu orientador, que também foi meu professor e com quem muito pude aprender, não posso deixar de demonstrar gratidão aos outros professores que tive na vida, desde cedo; certamente de todos recebi algo que me foi importante, além do exemplo pessoal e profissional.

No momento da qualificação a que foi submetida a presente tese, ainda parcial, recebi a inestimável colaboração dos professores Fábio Guidi Tabosa Pessoa e Heitor Vitor Mendonça Sica, que analisaram atenta e minuciosamente o trabalho naquele momento, fazendo observações fundamentais, que nortearam o caminho a ser seguido, não apenas formalmente, mas também sobre o conteúdo, para que se aperfeiçoassem as pesquisas, o desenvolvimento e as conclusões.

Agradeço também aos meus colegas de Ministério Público, muitos que já não estão mais na Promotoria de Justiça de Falências de São Paulo, mas que por ela passaram, como Alberto Camiña Moreira, José Antonio Remédio, Maria de Fátima Pereira Leonel e Arthur Migliari Jr., entre outros grandes amigos. Não me esqueço também de todos os colegas e amigos que ainda trabalham comigo na Promotoria e que aqui podem ser

representados em nome de quem eu não poderia deixar agradecer, Joel Bortolon Junior, que sempre me apoiou e que durante os muitos anos de convívio tem me mostrado o sentido da palavra amizade.

Uma palavra de agradecimento dedico ainda aos funcionários da Biblioteca do Ministério Público do Estado de São Paulo, em especial, ao servidor Ailton Gomes da Silva, cuja colaboração fora imprescindível a toda pesquisa realizada.

Agradeço, por fim, a minha querida esposa Andréia e aos meus filhos, Natália e Artur, que alegremente trazem cores ao que está diante dos meus olhos.

Otávio Joaquim Rodrigues Filho

RESUMO

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição**. 2018. 410. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

Esta tese tem por objeto central o estudo do processo de recuperação judicial, introduzido pela Lei n.11.101/05, cujo modelo congrega os distantes meios da consensualidade e da jurisdição em um só instrumento de solução de controvérsias. A tese sustentada pretende demonstrar que a limitação do poder decisório do juiz no processo de recuperação judicial, decorrente do âmbito reservado à consensualidade, não representa, *in abstracto*, e também não deve implicar, *in concreto*, violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto em sede constitucional (art. 5º, XXXV, da CF). Para demonstrar a tese proposta, dividiu-se o presente trabalho em três partes, que têm objetivos diferentes, mas ligados à demonstração da viabilidade da convivência entre a solução consensual e a observância do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A primeira parte objetiva demonstrar que os sistemas concursais, primeiramente pela execução e, após, com o surgimento da falência, no longo caminho de desenvolvimento desses instrumentos processuais, não sem retrocessos, foram movidos pelo ideal de eficiência e que o consensualismo constitui a evolução dessa tendência, tanto para no cenário da solução de controvérsias como para os problemas relacionados à crise da empresa no Brasil e também para outros sistemas contemporâneos aqui estudados. A segunda parte demonstra, como premissa, que a atividade desenvolvida pelo Judiciário no processo de recuperação judicial deve ser entendida como jurisdição contenciosa, já que não se trata de administração e não se restringe à proteção de interesses privados, e, como objetivo principal, que a função social do direito de crédito confere fundamento e explica a legitimidade do sistema consensual e majoritário e para a limitação do poder decisório do juiz nessa espécie de processo. A terceira parte trata da fixação de limites entre o poder decisório do juiz e a autonomia da vontade das partes, no momento do processo em que ocorre a homologação da decisão da assembleia de credores, no qual surge para o Judiciário a questão de decidir o que decidir, procurando demonstrar que o magistrado não estaria vinculado à decisão da assembleia no processo de recuperação judicial quando se tratam de questões jurídicas, ainda que essas envolvam repercussões econômicas, como nas mais comuns surgidas nesse momento do processo, que se referem ao litisconsórcio ativo, à regularidade do procedimento na assembleia de credores, ao abuso do direito por parte do devedor e também do credor, à fraude e à proteção dos interesses de credores não sujeitos à recuperação, como forma de demonstrar a necessidade da atuação do Judiciário, conferindo equilíbrio ao modelo consensual idealizado pelo legislador.

Palavras-chave: Processo de recuperação judicial. Consensualidade. Jurisdição. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

ABSTRACT

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição**. 2018. 410. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

This thesis has as its central object of study the judicial recovery process, introduced by Law 11.101/05, whose model brings together the distant means of consensualness and jurisdiction in a single instrument of dispute settlement. The sustained thesis aims to demonstrate that the limiting of the judge's decision-making power in the judicial recovery process, arising from the scope reserved for consensuality, does not represent, *in the abstract*, nor should it imply, in particular, violation of the principle of ubiquity of judicial control, provided in constitutional headquarters (art. 5th, XXXV, CF). In order to demonstrate the proposed thesis, the present work was divided into three parts, which have different goals, but linked to the demonstration of the feasibility of coexistence between the consensual solution and the observance of the principle of omnipresence of the judicial control. The First part aims to demonstrate that the insolvency systems, first by the execution and, after, the appearance of bankruptcy, in the long way of development of these procedural instruments, not without backward movement, were moved by the ideal of efficiency and that the consensualism constitutes the evolution of this trend, both for the scenario of the dispute settlement and the problems related to the crisis of the company in Brazil and also for other contemporary systems studied here. The second part demonstrates, as a premise, that the activity developed by the judiciary in the judicial recovery process should be understood as contentious jurisdiction, since it is not a matter of administration and is not restricted to the protection of private interests, and, as main objective, that the social function of the credit right gives grounds and explains the legitimacy of the consensual and majority system and the limitation of the judge's power of decision-making in this kind of process. The third party deals with the establishment of limits between the judge's power of decision-making and the autonomy of the intent of the parties, at the moment of the process in which the approval of the decision of the creditors' meeting occurs, in which arises for the Judiciary the issue of deciding what decide to try to demonstrate that the magistrate would not be bound to the decision of the assembly in the process of judicial recovery when dealing with legal matters, even if these involve economic repercussions, as in the most common ones arising at that momento in the process, which refer to the plaintiffs in joinder, to the regularity of the procedure at the creditors' meeting, to the abuse of the right by the debtor and also of the creditor, to fraud and protection of the interests of creditors not subject to judicial recovery, as a way of demonstrating the need for the judiciary's intervention, giving balance to the model consensual idealized by the legislator.

Keywords: judicial recovery process. Consensuality. Jurisdiction. Principle of omnipresence of judicial control.

RIASSUNTO

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Processo de Recuperação Judicial: Consensualidade e Jurisdição**. 2018. 410. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018.

Questa tesi ha l'oggetto centrale dello studio il processo giudiziario di recupero, introdotto dalla Legge n. 11.101/05, il cui modello riunisce i mezzi distanti di consensualità e giurisdizione in un unico strumento di insediamento delle controversie. La tesi sostenuta mira a dimostrare che la limitazione del potere decisionale del giudice nel processo di recupero giudiziario, derivanti dalla portata riservata a consensualità, non rappresenta, *in astratto*, né dovrebbe implicare, specificamente, violazione del principio dell'ubiquità del controllo giurisdizionale, fornito in sede costituzionale (art. 5a, XXXV, CF). Al fine di dimostrare la tesi proposta, il presente lavoro è stato diviso in tre parti, che hanno obiettivi diversi, ma legati alla dimostrazione della fattibilità della coesistenza tra la soluzione consensuale e il rispetto del principio di inspiegazione del controllo giurisdizionale. Il Prima parte mira a dimostrare che i sistemi concorsuali, in primo luogo dall'esecuzione e, dopo l'emergere del fallimento, nel lungo percorso di sviluppo di questi strumenti procedurali, non senza passi indietro, sono stati mossi dall'ideale di efficienza e che il consenso costituisce l'evoluzione di questa tendenza, sia per lo scenario della risoluzione delle controversie e dei problemi legati alla crisi della società in Brasile e anche per altri sistemi contemporanei studiati qui. La seconda parte dimostra, come presupposto, che l'attività svolta dalla magistratura nel processo di recupero giudiziario dovrebbe essere intesa come giurisdizione di contenzioso, in quanto non si tratta di amministrazione e non è limitata alla tutela degli interessi privati, e come obiettivo principale, che la funzione sociale del diritto di credito conferisce motivi e spiega la legittimità del sistema consensuale e maggioritario e per limitare il potere decisionale del giudice in questo tipo di processo. La terza parte si occupa della fissazione dei limiti tra il potere decisionale del giudice e l'autonomia delle parti, al momento del procedimento in ciò che accade l'approvazione della decisione dell'assemblea dei creditori, in cui si pone alla magistratura la questione di decidere cosa decidere, alla ricerca di dimostrare che il sistema giudiziario non sarebbe collegato alla decisione dell'assemblea nel processo di recupero quando si tratta di questioni giuridiche, anche se queste implicano ripercussioni economiche, come nel più comuni in questo momento del processo, che si riferisce al litisconsorzio attivo, la regolarità della procedura nell'assemblea dei creditori, l'abuso del diritto da parte del debitore e anche il creditore, la frode e la tutela degli interessi dei creditori non soggetti a recupero, come un modo per dimostrare la necessità di prestazioni della giurisdizione, per dare equilibrio al modello consensuale idealizzato dal legislatore.

Parole chiave: processo di recupero giudiziario. Consensualità. Giurisdizione. Principio dell'ubiquità del controllo giurisdizionale.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

1.1 O tema a ser desenvolvido e suas limitações	17
1.2 Justificativa de escolha do tema, sua importância e contribuição original à ciência brasileira	21

PARTE I

A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCURSAL E O CONSENSUALISMO

2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO CONCURSAL	28
2.1 A gênese e a evolução do concurso de credores no Direito Romano	29
2.1.1 A responsabilidade pessoal do devedor no período das <i>legis actiones</i>	30
2.1.2 A execução e o concurso de credores do processo formular: instrumentos adaptados ao contexto da expansão do comércio e do território romano	34
2.1.2.1 O <i>pactum ut minus solvatur</i> : consenso entre credor e herdeiro do devedor no Direito Clássico	38
2.1.3 A evolução da execução e do concurso de credores no período da cognição extraordinária	41
2.2 O retrocesso do Direito Intermédio	45
2.3 O desenvolvimento dos procedimentos concursais na Baixa Idade Média: a falência e a concordata	48

	11
2.4 O Direito Concursal português e do Brasil colonial	53
2.5 Os sistemas concursais do Direito brasileiro anterior	58
3. A CONSENSUALIDADE E OS SISTEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO DA EMPRESA EM CRISE	65
3.1 A consensualidade no panorama geral dos métodos de solução de controvérsias	66
3.2 A recuperação judicial brasileira como uma forma mista de solução de controvérsias	71
3.2.1 A necessidade de medidas que favoreçam o consensualismo no sistema de tratamento da crise da empresa no Direito brasileiro	74
3.3 O tratamento da crise da empresa no Direito estrangeiro	80
3.3.1 A evolução do Direito norte-americano	82
3.3.1.1 A <i>reorganization</i> e os meios de reerguimento do devedor no Direito norte-americano	87
3.3.2 Os vastos poderes do Tribunal do Comércio no Direito francês	96
3.3.3 A proeminência dos interesses dos credores no Direito alemão	103
3.3.4 A mudança de rumo do Direito português	114
3.3.5 O consensualismo e os instrumentos voltados à solução da crise da empresa no Direito italiano	122
4. CONCLUSÕES DA PRIMEIRA PARTE	130

PARTE II
A COEXISTÊNCIA TEÓRICA ENTRE JURISDIÇÃO E
CONSENSUALIDADE NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

5. A NATUREZA DA TUTELA PRESTADA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	136
5.1 As funções do Estado	137
5.2 A jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária	140
5.3 A tutela prestada no processo de recuperação judicial de empresas	148
5.3.1 A tutela prestada na recuperação judicial como atividade jurisdicional	149
5.3.2 A tutela prestada na recuperação judicial como jurisdição contenciosa	152
5.4. A existência de fase decisória na recuperação judicial	155
6. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E A LIMITAÇÃO DO PODER DECISÓRIO DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	159
6.1 Os princípios na estrutura do Direito	160
6.2 O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	162
6.2.1 O passado não tão remoto das exceções ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	165
6.2.2 Limites legítimos ao direito de ação e ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	167

	13
6.3 A cognição judicial	169
6.3.1 A cognição judicial e as informações no processo de recuperação judicial	172
6.4 As hipóteses de limitação ao poder decisório do juiz e de divisão da cognição no processo de recuperação judicial	176
6.4.1 A cognição sobre a viabilidade da empresa em recuperação	177
6.4.1.1 A cognição sobre o exercício regular de atividade do devedor no processo de recuperação judicial	181
6.4.2 A divisão da cognição e a limitação do poder decisório do juiz sobre as questões de aptidão do plano de recuperação judicial à superação da crise e à aprovação pelos credores	184
6.5 A limitação do poder decisório do juiz no processo de recuperação judicial e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	186
7. CONCLUSÕES DA SEGUNDA PARTE	194

PARTE III

AUTONOMIA DA VONTADE E PODER JURISDICIONAL NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

8. LIMITES DO CONTROLE DE LEGALIDADE E DA CONSENSUALIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	197
8.1. O controle judicial sobre a formação do litisconsórcio ativo	200

8.1.1	O controle judicial sobre o litisconsórcio ativo como solução formal (consolidação processual)	205
8.1.2	O controle judicial sobre a consolidação substancial	208
8.1.3	O litisconsórcio ativo na recuperação judicial e a competência do juízo: óbice ao acesso à justiça?	217
8.2	A assembleia geral de credores	222
8.2.1	A necessidade de instalação da assembleia de credores	224
8.2.2	Controle judicial e autonomia das partes sobre a regularidade do procedimento da assembleia de credores	227
8.2.3	O acordo de credores sobre o exercício do direito de voto	233
8.2.4	Restrição às tutelas de urgência para a suspensão da assembleia de credores e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	235
8.2.5	A intangibilidade da decisão da assembleia de credores determinada pelo §2º do artigo 39 da LRE e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	240
8.3	Controle judicial e o abuso do direito	242
8.3.1	A repressão ao abuso do direito	243
8.3.2	O desenvolvimento da noção de abuso do direito no ordenamento brasileiro	250
8.3.3	O abuso do direito como instituto da Teoria Geral	252
8.3.4	A repressão ao abuso do direito no processo de recuperação judicial diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	256
8.3.4.1	Abuso do direito pelo devedor	258
8.3.4.1.1	Limites mínimos para a proposta	259
8.3.4.1.2	Controle de legalidade sobre outras condições de atenuação das dívidas: período de carência, prazo de pagamento, juros e correção monetária	263
8.3.4.1.3	Controle de legalidade sobre cláusulas potestativas	268
8.3.4.1.4	Controle de legalidade sobre cláusulas que violem disposição de lei	271
8.3.4.1.5	O controle judicial e o princípio da isonomia na recuperação judicial	273
8.3.4.1.5.1	Divisão das classes em subclasses	279

8.3.4.2	Controle judicial sobre o abuso de direito do credor	284
8.3.4.2.1	O abuso do direito de voto no Direito Societário e a contrariedade a comunhão de interesses	287
8.3.4.2.2	A comparação do conflito de interesses no Direito Societário e no processo de recuperação judicial sob a perspectiva do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	291
8.3.4.2.3	A justificação do voto na recuperação judicial e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	295
8.3.4.2.4	A análise do abuso de direito cometido por credor com poder de veto ao plano de recuperação	297
8.3.4.2.5	A análise do abuso de direito cometido por credor concorrente do devedor	301
8.3.4.2.6	A análise do abuso de direito cometido por credor cessionário	302
8.3.4.2.7	A análise do abuso de direito pela persecução de fins anormais: a venda do voto	306
8.4	O controle judicial sobre a fraude e a ineficácia dos atos de disposição previstos no plano	308
8.4.1	A eficácia dos atos de disposição praticadas pelo devedor e o fator de consensualidade	309
8.4.2	Análise dos fundamentos da eficácia dos atos de alienação na recuperação judicial	312
8.4.3	Meio de defesa de credor não sujeito à recuperação judicial atingido pelos atos de disposição previstos no plano	316
8.4.4	A extensão do controle jurisdicional sobre os atos de disposição na recuperação judicial	324
8.5	O controle jurisdicional à rejeição do plano de recuperação: o chamado “ <i>cram down</i> ”	329
8.5.1	A extensão do controle jurisdicional diante dos requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 58 da LRE	333

8.5.2 A extensão do controle jurisdicional diante do veto do devedor à alteração do plano proposta pelos credores	338
8.6 Controle de legalidade sobre a modificação do plano de recuperação judicial: da alteração dos elementos da demanda à relativização da coisa julgada	341
8.6.1 A modificação do plano de recuperação judicial e a relativização da coisa julgada formal	343
8.6.2 A modificação do plano e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	349
8.7 A decretação da falência na recuperação judicial	353
8.7.1 A decretação da falência por deliberação da assembleia de credores	355
8.7.2 A decretação da falência pela não apresentação do plano de recuperação no prazo fixado na lei	357
8.7.3 A decretação da quebra como decorrência da rejeição do plano de recuperação proposto pelo credor	358
8.7.4 A falência diante do descumprimento das obrigações assumidas no plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz	360
9. CONCLUSÕES DA TERCEIRA PARTE	362
10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	366

1. INTRODUÇÃO

1.1 O tema a ser desenvolvido e suas limitações 1.2 Justificativa de escolha do tema, sua importância e contribuição original à ciência brasileira

1.1 O tema a ser desenvolvido e suas limitações

Novos rumos foram trazidos pela Lei n.11.101/05, que, dentre outras inovações, introduziu o instituto da recuperação judicial do qual se pode valer a empresa em crise, regulado por disposições de direito material e processual, como forma de atingir importantes objetivos, especialmente, o da satisfação dos créditos devidos e o da reorganização e conservação da empresa como fonte produtora de riquezas e geradora de empregos, dando passo que almeja a modernização e o desenvolvimento da economia do país.

Em linhas gerais, apesar das críticas que podem lhes ser endereçadas, a nova lei alinhou-se às principais tendências dos sistemas jurídicos modernos¹.

Marcou-se sistematicamente a ruptura em relação ao Direito Concursal anterior e, no que toca à recuperação judicial, sob a nova perspectiva do Direito da Empresa em Crise², revelou-se a mudança de paradigmas ao pretender ampliar a possibilidade de solução negociada entre credores e o devedor comum, vinculando as partes às deliberações tomadas por maioria, com o objetivo da manutenção de organizações viáveis.

O processo de recuperação judicial de empresas constitui o tema central deste trabalho e será focado com base em sua principal característica: uma solução mista de controvérsias, que combina consensualidade e jurisdição. Dessa concepção, advém a melhor compreensão dos limites ao poder decisório do juiz e a importância do entendimento direto entre devedor e credores para a solução da crise econômico-financeira vivenciada pela

¹ Como aponta Karsten Schimdt, a comparação jurídica demonstra que os Direitos de Insolvência do mundo se aproximaram e que os conflitos políticos enfrentados pelas legislações são internacionais, devendo os legisladores encontrarem uma justa medida entre a efetividade do direito e a proteção dos credores individuais (Cf. SCHMIDT, Karsten. “Grupos de acreedores, consentimento obligatorio, prohibición de obstrucción. Reflexiones comparativas sobre el ‘acuerdo preventivo’ y el ‘plan de insolvencia’”, *in Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso*. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005, p.639).

² A partir da segunda metade do século XX, consoante menciona Jorge Lobo, alguns países como a “Austria, Estados Unidos da América, França, Inglaterra, Itália, Portugal, Alemanha e Espanha, empenharam-se na discussão de uma profunda reforma da legislação vigente e promulgaram novas leis, inspiradas na filosofia do direito da insolvência, que tem como matriz e último escopo reerguer a empresa econômica e financeiramente viável, no que passou a denominar-se ‘direito da crise econômica da empresa’ ou ‘direito da empresa em crise’” (Cf. LOBO, Jorge. “O futuro da Lei de Recuperação de Empresa”, *in Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. N. 1. Julho - Setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016, p.1).

empresa, sem que se possa concluir haver violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto em sede constitucional.

Apesar de não ser a lide essencial à função jurisdicional³, a litigiosidade é quase uma constante nos processos em geral⁴, justificando uma extensa gama de regras e princípios processuais. Em sentido inverso, o fator de consenso, presente no processo de recuperação judicial, implica em relevantes modificações em muitas dessas regras comuns, como também sensíveis alterações na aplicação de alguns princípios constitucionais voltados ao Direito Processual Civil. A possibilidade de se apresentar a recuperação judicial como uma solução consensual não somente produz alterações relativas ao processo, mas também à composição da lide, como teremos oportunidade de constatar.

A litigiosidade na recuperação decorre da coexistência de interesses legítimos que, apesar de convergirem em alguns momentos, em muitos outros, se contrapõem. São interesses privados e também públicos, cuja verificação de prevalência somente pode ser descrita como resultado de uma análise sistemática *in concreto*⁵: são os interesses da empresa, do empresário, dos credores sujeitos à recuperação judicial, daqueles que a ela não se submetem e, ainda, os legítimos interesses da coletividade, que se referem à eficiência do sistema econômico a ser realizada pela preservação das empresas viáveis e a extinção daquelas que não podem ser reaproveitadas⁶.

³ Cf. CALAMANDREI, Piero. “Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”, in **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Vol. V- Parte I. Padova: CEDAM. 1928, pp.6-7.

⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009, p.55.

⁵ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. “Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in **Revista Trimestral de Direito Público** 24. São Paulo: Editora Malheiros. 1998. p.167. Da atrelação dos interesses públicos e privados e até da sua conexão estrutural resulta, como esclarece o autor, que seus conteúdos somente podem ser “descritos como resultado de uma análise sistemática. Somente *in concreto* possuem eles conteúdo objetivamente mínimo e assumem uma relação condicionada de prioridade”. Não seria possível fixar de antemão qual interesse, público ou privado, deve prevalecer (p.167). Note-se, ainda, que na definição de interesse público estão também contidos elementos privados e que interesses privados podem se transformar em interesses públicos, o que contradiz a existência de uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (p.175).

⁶ Como já observou a doutrina, “a recuperação de empresas não é um fim em si mesmo, na medida em que devem ser preservadas, na recuperação judicial, aquelas que possam demonstrar, através de um plano, sua viabilidade econômico-financeira aos credores; ao passo que as que não consigam tal desiderato, devem ser celeremente retiradas do mercado, dentro das condições atualmente estruturadas no processo falimentar, e que, conforme o caso, poderão permitir a realocação do negócio ao novo titular” (Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. “A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.494).

A Lei de Recuperação de Empresas trouxe novos rumos para o Direito Concursal ao colocar nas mãos dos credores a decisão sobre o destino do devedor⁷, limitando em consequência o poder decisório do juiz, ao qual não cabe decidir sobre a viabilidade da empresa, a adequação e a satisfatoriedade da proposta ofertada pelo devedor. Não obstante, imprescindível que o magistrado presida o processo de negociação, assegure o direito de cada uma das partes⁸ e eventualmente de terceiros antigos pela solução preconizada, velando pela legalidade da solução proposta⁹, de forma a favorecer a solução consensual e a justiça possível do resultado final.

Nessa direção, já se afirmou que a decisão assemblear não pode fugir ao controle jurisdicional por força do disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal¹⁰; todavia, por outro lado, também já se aduziu que, embora deva haver o controle de legalidade no momento de homologação do plano¹¹, inclusive com a desconsideração de voto exercido de maneira abusiva¹², “não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”¹³, o que evidencia a existência de limites ao seu poder decisório.

Nesse sentido, a tese aqui proposta consiste em comprovar que a limitação do poder decisório do juiz no processo de recuperação judicial não representa, *in abstracto*, e que não deve implicar, *in concreto*, violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto em sede constitucional (art. 5º, XXXV, da CF).

⁷ Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial”, *in* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2012, p.380.

⁸ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.287.

⁹ Conforme o enunciado n.1 da Jurisprudência em Teses do STJ – Recuperação Judicial II, “embora o juiz não possa analisar os aspectos da viabilidade econômica da empresa, tem ele o dever de velar pela legalidade do plano de recuperação judicial, de modo a evitar que os credores aprovelem pontos que estejam em desacordo com as normas legais”.

¹⁰ Cf. BENETTI, Sidnei. “O processo de recuperação judicial”, *in* Luiz Fernando Valente de Paiva (Coord.), **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p.237.

¹¹ Enunciado 44 da I Jornada de Direito Comercial: “A homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”.

¹² Enunciado 45 da I Jornada de Direito Comercial: “O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão do abuso de direito”.

¹³ Enunciado 46 da I Jornada de Direito Comercial.

Por outras palavras, pretende-se aqui comprovar que a solução negociada para a crise da empresa no processo de recuperação judicial é compatível com a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto em sede constitucional.

A garantia da inafastabilidade, exercida pelo direito de ação, funciona como uma cobertura geral do sistema de direitos; mas a sua amplitude, como pondera Dinamarco, “não é total e absoluta, e nem se aspira a isso”, havendo algumas limitações legítimas, que constituem “fator de racionalidade e realismo no sistema”¹⁴, e outras ilegítimas, que devem ser combatidas.

Assim, com base na compreensão de que o processo de recuperação judicial constitui um sistema misto de solução de controvérsias, que congrega consensualidade e jurisdição, a utilidade da presente tese é representada por seus objetivos, consubstanciados em:

1) Revelar que os meios processuais utilizados durante a história para resolver a chamada crise de adimplência, especialmente no concurso de credores, foram sendo modificados, acompanhando a tendência de humanização e de eficiência dos instrumentos processuais postos à disposição do credor.

2) Demonstrar que o consensualismo constitui hoje importante fator para a solução de litígios, bem como a continuidade da tendência moderna do Direito Concursal, agora sob o prisma do Direito da Empresa em Crise, tanto no Brasil como em outros sistemas contemporâneos.

3) Por em evidência que a atividade do juiz na recuperação judicial, apesar do consensualismo, não deixa de ser jurisdicional, já que não se reduz à administração pública de interesses privados.

4) Permitir compreender que, mesmo sendo jurisdicional a atividade desenvolvida pelo juiz na recuperação judicial, pode sofrer limitações para coexistir teoricamente (*in abstracto*) com a solução negociada para a crise da empresa, eis que há

¹⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p.115.

fundamento constitucional a justificar essa limitação, como também para a formação da vontade apoiada sobre o princípio majoritário.

5) Apesar das inúmeras lacunas da Lei n.11.101/05 quanto a aspectos substanciais e processuais, demonstrar a possibilidade da convivência *in concreto* da jurisdição e do consensualismo no processo de recuperação judicial, ou seja, por um lado, que a solução negociada para a crise da empresa não deve importar na violação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional diante da prática, bem como que, por outro, a autonomia da vontade não pode ser comprometida pela imposição de decisão aos envolvidos, se o consentimento fora manifestado de forma válida e sem prejuízo injustificado às partes e a terceiros.

Para se chegar a posição de equilíbrio preconizada nesse último objetivo, necessário identificar, com base na casuística, os limites do poder jurisdicional e da autonomia da vontade das partes no processo de recuperação judicial, para por em evidência quais questões ficam sob controle judicial, no momento da homologação da decisão da assembleia de credores, e quais questões não devem ser submetidas ao chamado “controle de legalidade” exercido pelo órgão jurisdicional, para que não se comprometa a solução negociada.

Cada objetivo acima referido corresponde à finalidade de um dos capítulos do presente trabalho, reservando-se para este último a análise das tendências da jurisprudência brasileira a respeito da observância ou não das decisões das assembleias de credores em relação à aprovação ou rejeição do plano de recuperação.

1.2 Justificativa de escolha do tema, sua importância e contribuição original à ciência brasileira

A Lei de Recuperação de Empresas contém disposições de direito material e de direito processual, no intento de congregar meios e fins para a disciplina do tratamento da crise

da empresa de forma global, o que não poderia ser diferente, porque não se pode considerar o Direito como sendo constituído de compartimentos estanques¹⁵.

Em muitas situações, para se determinar o exato alcance de um dispositivo, é necessário verificar quais são os interesses protegidos, moldando-se, então, os instrumentos a serem utilizados, sem levar às últimas consequências, também, a divisão entre interesses públicos e privados, que muitas vezes se encontram em situação de intersecção. Nesse sentido, aspira-se com a nova lei dar tratamento coletivo, processual e substancial¹⁶, a interesses que somente à primeira vista parecem ser exclusivamente individuais, mas que, em realidade, atingem a um grande número de pessoas, às vezes, até indeterminado, eis que as consequências propagadas pela crise da empresa podem ser sentidas não apenas por seus credores, como também na economia do país de origem e, a depender das dimensões das atividades desenvolvidas, além de suas fronteiras.

Há que se pensar, assim, no processo de recuperação judicial sob o prisma de potencial meio de solução de controvérsias de forma coletiva e, sob aspecto mais amplo, questionar se esse instrumento é adequado ao tratamento dos conflitos de interesse, na medida em que traz para o processo o fator de consensualidade, com inúmeros resultados que devem ser considerados.

Veja-se que, como relação direta da crise da empresa, dentre outras consequências, assiste-se ao aumento da litigiosidade e a multiplicação de conflitos, que se refletem certamente na sobrecarga excessiva de processos, clamando por meios de solução

¹⁵ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011, p.12. Consoante ressalta o autor, “os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula. Daí porque, embora fenômenos distintos, há entre processo e direito material evidente nexos unindo o meio ao fim” (p.18).

¹⁶ Como pondera Fábio Tabosa, é “inegável que o direito material e o processual se comunicam e alimentam constante e necessariamente, bem como que o direito processual, por se voltar à aplicação do outro, acaba por receber o impacto das vicissitudes, dificuldades e valores que permeiam as relações substanciais litigiosas, deixando-se influenciar pelo direito material. As categorias do direito processual acabam por ser, de forma mais ou menos intensa, moldadas pelo direito material e, por isso, advoga-se o estreitamento mínimo indispensável da linha divisória de cada um dos campos” (PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. “Tutela executiva e prescrição”, cit., *in* **40 anos da Teoria Geral do processo no Brasil**, 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2014, p.256).

adequados e eficientes¹⁷. A coletivização constitui hoje uma das faces de um movimento de grandes proporções, a universalização da tutela jurisdicional¹⁸.

Nesse contexto, procurando conferir novos rumos ao chamado “Direito da Empresa em Crise” e abandonando o antigo instituto da concordata, que muitas vezes se prestava ao abuso do direito¹⁹, merece atenção o processo de recuperação judicial como importante forma de congregação da multiplicidade de interesses colidentes em causa, que pretende solucionar não apenas conflitos atinentes à crise de adimplemento, mas inúmeros problemas socioeconômicos decorrentes. É notável a pluralidade de direitos subjetivos que pode envolver e a quantidade de conflitos que podem ser solucionados por meio de um único processo, sem que se perca de vista, ainda, a ideia de responsabilidade social da empresa e os compromissos que a ligam à comunidade²⁰.

E a forma de enfrentar esses problemas se destaca, inovadoramente, pela junção dos meios consensual e jurisdicional, em uma só instrumento de solução de controvérsias, com todo o potencial do seu escopo pacificador²¹.

¹⁷ Como adverte Watanabe, o Poder Judiciário nacional “está enfrentando uma intensa conflituosidade, com sobrecarga excessiva de processos, o que vem gerando a crise de desempenho e a consequente perda de credibilidade. A situação é decorrente, em grande parte, das transformações porque vem passando a sociedade brasileira, de intensa conflituosidade decorrente de inúmeros fatores, um dos quais é a economia de massa. Alguns desses conflitos são levados ao Judiciário em sua configuração molecular, por meio de ações coletivas, mas a grande maioria é judicializada individualmente, com geração, em relação a certos tipos de conflitos, do fenômeno dos processos repetitivos, que vem provocando a sobrecarga de serviços no Judiciário”. Lembra ainda o processualista que falta no Brasil uma política pública abrangente de tratamento adequado dos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade, para modificar a mentalidade e criar uma cultura de pacificação. (WATANABE, Kazuo. “**Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado de conflitos de interesse**”. Disponível em <www.tjsp.jus.br/download/conciliação/nucleo/parecer_kazu_watanabe.pdf>. Último acesso em 23.12.2016).

¹⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6ª edição. Vols. I, São Paulo: Malheiros, 2010, p.147.

¹⁹ Como ressalta Verçosa, “a história do instituto mostra alguns concordatários que eram useiros e vezeiros na sua abusiva, até mesmo abrindo novas empresas para passar por cima do limite legal de cinco anos acima mencionado. Desta forma podia-se dizer que a concordata havia sido transformada em um favor legal para o comerciante desonesto e de má-fé, porém esperto em seus negócios” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. “Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa – configuração e limites”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.354).

²⁰ Como pondera Zamenfeld, o tema da responsabilidade social das empresas “és de índole política e económica – de sustancia jurídica, de las que participan ramas diversas del derecho público y privado, particularmente el laboral, el administrativo y el ambiental. La temática, como és obvio, no es más que una de las consecuencias que la globalización ha producido sobre las empresas en materia de compromissos con la comunidad local y global, dicho esto último pensando en todas ellas, transnacionales y locales, grandes, pequeñas y medianas, sobre todo, particularmente entre nosotros, en las primeras” (ZAMENFELD, Víctor. “Sobre responsabilidad social de las empresas”, in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005. p.740).

²¹ Referindo-se ao escopo pacificador, observa Dinamarco que esse é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição no Estado moderno e, “ao se falar do direito substancial como portador de critérios

Tenha-se em conta que a efetividade do processo de recuperação corresponde à conciliação entre os objetivos da superação da crise da empresa e o atendimento dos diversos interesses ou, não sendo viável a empresa, na possibilidade de sua rápida e eficiente liquidação, em prazo razoável, com o aproveitamento de seus ativos²².

Considerando que não há na LRE uma disciplina clara e precisa a respeito dos limites entre a jurisdição e a autonomia da vontade a serem observados no decorrer do processo e especialmente no momento da homologação ou rejeição do órgão judicial às deliberações da assembleia geral de credores, aqui reside a contribuição doutrinária ora pretendida.

Com a preconização do método consensual para a solução dos conflitos entre devedor e credores e a necessidade de serem atendidos os princípios constitucionais voltados ao processo, já começa a se dividir a doutrina, que pondera que “os discursos nesses últimos anos ora pendem à linha de que a negociação, puramente contratual, afasta outra interpretação que não a prevalência do interesse dos credores; ora seguem em direção diametralmente oposta, sustentando posição de que o Judiciário possui contornos constitucionais que não podem ser ignorados na condução do processo falimentar-recuperatório”²³.

A perspectiva, portanto, é construtiva, justificando a escolha que ora se faz, fundada na análise da limitação do poder decisório do juiz sob a ótica da inafastabilidade do controle jurisdicional. Não há, em nossa doutrina, trabalho direcionado exclusivamente à questão referida, que aborde, em termos amplos, o confronto entre a solução negociada

para a tutela jurisdicional e ao examinar as técnicas processuais capazes de efetivá-la em casos concretos, é preciso ressaltar esses meios alternativos”. Concluindo, “tudo que interessa ao processualista moderno é o esclarecimento e agilização dos meios de acesso à ordem jurídica justa, mediante um sistema em que figure como estrela de primeira grandeza a preocupação pelos resultados” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, cit., 6º edição. vol. I, p.392).

²² Cf. VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. p.74. Como pondera o autor, “sob qualquer ponto de vista, não se mostra desejável que uma empresa economicamente inviável obtenha o deferimento da recuperação judicial somente por meio da instituição de estratégia oportunista pelo devedor para a aprovação de seu ‘plano de recuperação’. Do mesmo modo, socialmente danosa é a decisão que determina a falência de uma empresa viável e que desempenhe função social relevante” (p.74).

²³ Cf. NEGRÃO, Ricardo. “O papel do Judiciário na homologação do plano”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p.105.

(consensualidade) e os possíveis conflitos que não podem ser afastados do controle jurisdicional, delineando os limites do chamado “controle de legalidade”.

A originalidade se revela, assim, pelo estudo do processo de recuperação judicial como um sistema processual próprio, que se funda sobre a consensualidade, e se estende à perquirição dos motivos pelos quais o acordo de vontades não pode alterar as garantias constitucionais voltadas ao processo, principalmente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, diante de credores dissidentes e daqueles que não se sujeitam à recuperação, sob pena de se comprometer o processo como ferramenta do Direito Público, destinada à solução de litígios, com escopos que podem e devem ser concretizados²⁴ e que, especificamente na recuperação judicial, devem se fundar na ética e objetivar solucionar a crise econômico-financeira do devedor e preservar, na medida do possível, a empresa e todas as expectativas sociais dela decorrentes²⁵.

Veja-se que a lei, na especificação de objetivos a serem alcançados no processo de recuperação judicial²⁶, procura tornar concretos os preceitos constitucionais que preceituam a função social da propriedade²⁷, em gênero (art.170, III), e da empresa²⁸, em espécie (art.5º, XXIII), de forma atender os fundamentos do Estado Democrático de Direito,

²⁴ É de suma importância não perder de vista a consideração de que “o processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida” (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p. 111).

²⁵ Consoante enfatiza Jorge Lobo, a “recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de (a) preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, (b) garantir a continuidade do emprego e fomentar o tratamento do trabalho humano e (c) assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e dos interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia...” (“Cessão fiduciária em garantia de recebíveis performados e a performar”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p.81).

²⁶ Cf. art.47 da LRE.

²⁷ Como tem demonstrado a História, a funcionalização do direito de propriedade constitui um longo processo que sofre alterações à medida que se modificam as relações de produção (Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990, p.249).

²⁸ Ao se tomar a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica estende-se a sua funcionalização a todo e qualquer direito de propriedade e a principal importância dessa conclusão “está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art.170, *caput*), a defesa do consumidor (art.170,V), a defesa do meio ambiente (art.170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art.170, VII), e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa, pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial” (Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, cit., 6ª edição, p.683).

atinentes à dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art.1º, III e IV).

Por outro lado, todos esses objetivos e as consequências favoráveis em termos de eficiência econômica devem ser alcançados pelo sistema consensual, com a adoção da solução negociada para a crise. A imposição de decisões judiciais que selariam o destino da empresa e resolveriam as questões do processo, por regra, não resolvem os problemas que originam a litigiosidade; a solução idealizada deve ser obtida pelo apoio dos credores ao reerguimento do devedor, algo que é absolutamente imprescindível e certamente não se coaduna com uma solução imposta às partes.

Mas, por outro lado, certas situações não devem escapar ao controle judicial, sob pena de se comprometer a justiça da solução encontrada. Há hipóteses limites, que aparentam a necessidade de se conhecer sobre os termos do plano, para se decidir sobre eventuais alegações de violação aos direitos dos envolvidos pelas medidas propostas e aprovadas pela maioria dos credores.

Em vista da junção de meios tão distantes em um só instrumento processual, é preciso alcançar o equilíbrio entre a solução negociada e o controle jurisdicional, para que a primeira não suplante legítimos direitos e para que o segundo não imponha simplesmente uma solução de sacrifício, sem a esperada eficiência econômica que se poderia alcançar.

As respostas que se procuram serão buscadas por uma visão multidisciplinar. É preciso lembrar, recordando lição de Liebman, que os diversos ramos do Direito, que por comodidade são estudados separadamente, apesar de serem distintos uns dos outros por apresentarem diferenças em seu objeto, são, todavia, partes constitutivas de uma unidade, coligadas por um princípio de coerência que torna esta unidade indivisível, pelo que cada uma destas partes não pode ser entendida verdadeiramente se não relacionada ao todo ao qual pertencem²⁹.

²⁹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Diritto Costituzionale e Processo Civile”, *In Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1952, pp.327-328.

PARTE I

A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONCURSAL E O CONSENSUALISMO

**2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO CONCURSAL 3. A
CONSENSUALIDADE E OS SISTEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO
DA EMPRESA EM CRISE 4. CONCLUSÕES DA PRIMEIRA PARTE**

2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO CONCURSAL

2.1 A gênese e a evolução do concurso de credores no Direito Romano 2.1.1 A responsabilidade pessoal do devedor no período das *legis actiones* 2.1.2 A execução e o concurso de credores do processo formular: instrumentos adaptados ao contexto da expansão do comércio e do território romano 2.1.2.1 O *pactum ut minus solvatur*: consenso entre credor e herdeiro do devedor no Direito Clássico 2.1.3 A evolução da execução e do concurso de credores no período da cognição extraordinária 2.2 O retrocesso do Direito Intermédio 2.3 O desenvolvimento dos procedimentos concursais na Baixa Idade Média: a falência e a concordata 2.4 O Direito Concursal português e do Brasil colonial 2.5 Os sistemas concursais do Direito brasileiro anterior

A análise da evolução histórica do Direito faz transparecer o grau de desenvolvimento cultural³⁰ e econômico de um povo, demonstrando os principais objetivos pretendidos pela sociedade em cada época. Especificamente em relação ao concurso de credores, pela análise histórica, é possível constatar a coerência entre os diversos sistemas, os interesses tutelados e os objetivos mais relevantes, permitindo constatar também as tendências de evolução dos instrumentos processuais predispostos à realização do direito de crédito.

No Direito Romano, os débitos das *universitas* não eram débitos de um sujeito de direito distinto das pessoas de seus membros, apesar de alguma regulamentação das coletividades organizadas desde o Direito Clássico até o Justinianeu, justamente porque ainda não se concebia um ente abstrato que servisse como sujeito de direitos³¹. O estudo do Direito Concursal³² que remonte a essa época deve se basear na execução, como instrumento

³⁰ Como lembram Cruz e Tucci e Azevedo, “o direito utilizado por um povo constitui uma das expressões mais significativas de sua cultura” (Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**. 1º edição - 2º tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001, p.22).

³¹ Cf. GALGANO, Francesco. **La forza del numero e la legge della ragione**: storia del principio di maggioranza. Bologna: Mulino. 2007, pp.61-67.

³² O Direito das Empresas em Crise, que engloba também os meios para a recuperação judicial e extrajudicial de empresas, como aponta Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, “tem como uma de suas características básicas o fato de reger relações em que se situa, de um lado, o devedor, e de outro a coletividade de credores... A concursabilidade é fundamental, a ponto de, entre outras designações, dar-se a esse ramo jurídico o nome de direito concursal” (“O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade”, in **RDB** 60. 2013. pp.314-315). Fala-se, assim, em Direito Concursal, porque, como aponta Humberto Theodoro Júnior, “seja diretamente na falência seja indiretamente na recuperação judicial, atingi-se a meta do processo de execução,

processual então disponível, para se concentrar na falência e na concordata apenas após o surgimento desses processos durante a Baixa Idade Média³³.

Desta maneira, voltaremos a atenção ao desenvolvimento dos referidos sistemas concursais a partir do Direito Romano, ainda que baseados no processo de execução, até chegarmos ao passado próximo, em que poderemos contemplar outros institutos, com o objetivo de colocar em evidência as principais tendências dirigidas à maior efetividade da atividade processual nesse campo.

2.1 A gênese e a evolução do concurso de credores no Direito Romano

As modificações nas estruturas social, política e econômica ocorridas em Roma trouxeram grandes reflexos em seu Direito, que recebeu a influência das culturas dos povos dominados e de outros, com os quais mantinha comércio, desde sua expansão até seu declínio, quando foi marcado pela afluência do Direito dos povos bárbaros invasores³⁴.

O processo civil romano passou, assim, por três grandes períodos³⁵: o da *legis actionis*, o *per formulas* e o da *cognitio extraordinária*, conhecidos também como períodos arcaico, clássico e pós-clássico³⁶, representativos das transformações que se mostraram também no tratamento do devedor e nas formas pelas quais se desenvolviam os atos executivos, fossem eles derivados de execução singular ou concursal. Houve, porém, épocas

qual seja, a realização compulsória do direito dos credores concorrentes (“Alguns aspectos processuais da nova lei de falências”, in **Revista Forense**. V.385. Ano 102. p.101-112. Maio-junho. 2006, p.102).

³³ Apesar de ter surgido na Idade Média, como pondera Ferrara, é certo que o instituto da falência assimilou princípios do Direito Romano (Cf. FERRARA, Francesco. **Il fallimento**. Milão: Giuffrè. 1966. p. 49).

³⁴ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**. 1º edição. São Paulo: EDUSP. 2009, p.32. Consoante o magistério do autor, durante toda a história do Direito Romano, o processo fundia-se ao direito material, preponderando um verdadeiro “sistema de ações” visto sob o prisma não propriamente do direito que sustentava uma pretensão, mas de uma *actio* que tutelava o direito violado (pp.42-43).

³⁵ Esclarece Vincenzo Arangio-Ruiz: “le differenze profonde che sono fra i varii tipi storici di processo romano non consentono una trattazione unitaria; anzi questa va necessariamente volta separando i tre sistemi delle legis actiones, delle formulae, della cognitio extraordinem” (**Instituzioni di Diritto Romano**. 11ª edição. Napoles: Casa Ed. Dott. Eugenio Jovene. 1962, p.109).

³⁶ O período das ações da lei se estendeu desde a fundação de Roma (754 a.C.), até os fins da república; o período “per formulas” da época da *Lex Aebutia* (149-126 a.C.) até a época do imperador Diocleciano (285-305 d.C), e o último da cognição extraordinária veio instituído com o Principado (27 a.C.) e perdurou até o fim do Império Romano. (Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**, cit., p.39).

em que vigiam concomitantemente duas fases dos períodos mencionados, coexistindo sistemas processuais diferentes.

Os dois primeiros períodos, das ações da lei e o formulário, são conhecidos como a ordem dos juízos privados, a *ordo iudiciorum privatorum*, uma espécie de estágio intermediário entre a autotutela e o monopólio estatal de solução de litígios, em contraposição ao último período, da cognição extraordinária, de evidente caráter publicístico³⁷.

2.1.1 A responsabilidade pessoal do devedor no período das *legis actiones*

Roma foi fundada por povos de origem do Lácio, que mantiveram seu domínio até por volta do ano 510 a.C.; à época, o direito consuetudinário era representado pelos *mores maiores*, consistentes em éditos religiosos de autoria dos reis ou dos pontífices como expressão da vontade soberana e única fonte de direito. A jurisdição das ações da lei³⁸, extremamente formal e influenciada por aspectos religiosos, fora inicialmente administrada pelo próprio rei e aos poucos delegada aos pontífices, que passaram desenvolver, além da função sacerdotal, a magistratura à medida da crescente complexidade social³⁹.

A luta entre patrícios e plebeus em Roma deu início à aceleração das mudanças nesse quadro, culminando com a Lei das XII Tábuas (originariamente dez), no ano 455 a.C., com o objetivo principal de mitigar o arbítrio dos cônsules e os pontos obscuros do direito consuetudinário⁴⁰, alcançando-se razoável estabilização interna vista como “uma verdadeira revolução democrática”^{41 42}.

³⁷ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros. 2000, p.41.

³⁸ As ações eram denominadas *legis actiones*, por derivarem da lei ou por se conformar a ela, apresentando procedimento único, realizado perante o pontífice, consistente em todo um ritual de gestos e palavras (Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**, cit., p.28).

³⁹ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1ª edição, pp.38-52. Consoante esclarece o autor, a sociedade romana nessa época era constituída basicamente por patrícios, que compunham a aristocracia, detentora do poder econômico e de posições no Senado, e por plebeus, a grande maioria da população.

⁴⁰ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**, cit., p.29.

⁴¹ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1ª edição, p.62.

⁴² Reduziram-se a escrito as disposições e mandamentos que antes eram guardados pelos patrícios e pontífices, não propriamente como um código, mas como uma coletânea, pela sistematização de

Nesse contexto de mudanças, fora criada a figura do pretor urbano, em 367 a.C., e o processo realizado em fase única perante o pontífice, passa a ter duas fases: uma inicial, perante o pretor (fase *in iure*), e outra, perante o *iudex*, escolhido pelas partes (fase *apud iudicem*), que se desenvolvia até a sentença. Nesse modelo, o procedimento ainda era oral e excessivamente formal e solene⁴³, consistente em “todo um ritual de gestos e palavras pré-estabelecidos”⁴⁴, num sistema processual inflexível posto à disposição apenas do cidadão romano⁴⁵.

A índole penal da execução, assim como para os demais povos primitivos, transparecia na punição pelo inadimplemento da obrigação, que se voltava contra a pessoa do devedor pela “quebra de honra à palavra empenhada”⁴⁶. A chamada *legis actio per manus iniectionem*, instrumento de execução da época, também ostentava caráter pessoal e privado, porque era conduzido pelas mãos do credor desde a *in ius vocatio*, recaindo sobre vida e a liberdade do devedor e não propriamente sobre seu patrimônio.⁴⁷

princípios da matéria tratada, que conservou muitas fórmulas antigas, já não mais totalmente religiosas e estáticas como no direito anterior. A nova lei, agora escrita, tornou o Direito público e acessível a quem pudesse ler. (Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 2º edição. São Paulo: Max Limonad.2002, pp.45-46).

⁴³ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 1996, p.3.

⁴⁴ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, p.53.

⁴⁵ O sistema dispunha apenas de cinco espécies de ações: de *sacramentum* (*in rem ou in personam*), *iudicis postulatio* (para a partilhada herança, divisão de coisa comum ou cobrança de dívida derivada de uma promessa), *conditio* (para cobrança de crédito), *manus iniectio* e a *pignoris capio*, sendo as três primeiras de conhecimento e as duas últimas de natureza executiva (Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**, cit., p.52).

⁴⁶ O procedimento da execução, mais especificamente da *manus iniectio*, vinha descrita na terceira das doze tábuas. Após o julgamento, deveria ser procedida a execução somente após trinta dias (*tempus iudicati*), prazo que era conferido ao devedor para que pudesse pagar a dívida (Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, p.63).

⁴⁷ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. 1º edição. São Paulo: Saraiva. 1952.p.42-43; FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. V. 14. São Paulo: Saraiva. 1965. pp.7-9; DINIZ, Almachio. **Da fallencia** – Theoria dos factos e prática dos princípios à luz da Lei 5.746, de 9 de dezembro de 1929, e da última jurisprudência dos juízes e tribunais da República. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1930, p.24.

Assim, embora dependesse de condenação anterior ou de confissão do devedor feita em juízo⁴⁸, a chamada *manus injectio*⁴⁹, antes de ser uma das mais antigas ações da lei⁵⁰, constituiu “pura e simples manifestação do poder de autotutela”⁵¹, empregada sem interferência alguma da autoridade judiciária⁵², demonstrando serem eminentemente privados tanto a execução como o concurso de credores⁵³.

Veja-se que, não solvida a obrigação, o credor conduzia coercitivamente o devedor a juízo, momento em que alguém poderia afiançá-lo; não comparecendo nenhum *vindex*⁵⁴ para garantir o pagamento da dívida, a pessoa do devedor era adjudicada ao credor e colocada em cárcere privado durante o período de sessenta dias^{55 56}. Na sequência, o

⁴⁸ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Um estudo da penhora**. São Paulo: Resenha.1993. p.29. Embora houvesse a necessidade do anterior processo de cognição à execução forçada, não conheciam os romanos a ideia de título executivo, como também desconheciam as execuções que hoje chamamos de específicas, que objetivam a entrega de coisa certa ou ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer. A noção de título executivo se originou muito tempo depois, no Direito Intermédio, por influência dos germânicos, a quem bastava a simples afirmação de se ter um crédito para que fosse permitida a execução (Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7º edição, p. 40-41 e 61).

⁴⁹ A *manus iniectio* significa a “imposição violenta da mão” sobre uma coisa ou pessoa (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.7).

⁵⁰ A *pignoris capio* consistia em outra forma de execução do período das ações da lei, originada após a *manus inectio*, e compreendia a apreensão de bens do devedor, acompanhada de palavras solenes, não como forma de satisfação do crédito sobre a coisa apreendida, mas como meio particular de compelir o devedor ao pagamento devido, já que o credor se imitia na posse da coisa, mas não poderia vendê-la para se satisfazer com o preço. Essa forma de execução podia ser cumprida na ausência do magistrado e até mesmo do devedor, colocando o credor desde logo em situação de vantagem em relação ao devedor, e não requeria formalidade alguma, algo excepcional para a época. Por força da Lei das XII Tábuas, a *pignoris capio* era utilizada por quem tivesse comprado uma vítima (um animal) para os sacrifícios ou alugado um animal de carga, sem pagar o valor respectivo. Pela lei reguladora das funções dos censores, a *pignoris capio* passou a servir também para a cobrança de impostos públicos devidos ao povo romano (Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1º edição, p.49-53; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Um estudo da penhora**, cit., pp.37-38; ROCCO, Alfredo. **Fallimento: Teoria Generale ed Origine Storica**. Milano-Torino-Roma: Fratelli Bocca Editori.1917. p.140; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.13).

⁵¹ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7º edição, p.30. Consoante o autor, após, no século V a.C., o Estado ainda não conseguiria se impor imperativamente aos súditos e, apesar da limitação representada pela necessidade do exercício da *actio judicati*, ainda era exercida a autotutela, porque era o credor quem realizava os atos de execução.

⁵² Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, p.69.

⁵³ Também demonstra o caráter privado do processo romano da época, conforme Leibman, a natureza contratual da *litiscontestatio*, pela qual os litigantes escolhiam um juiz a quem submeteriam o julgamento da questão controversa (Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1952, p.20).

⁵⁴ A figura do *vindex*, como leciona Lucon, “a qual o demandado solicitava a fim de assumir a obrigação de acompanhar o demandante ao juízo, traz todas as características de fiador ou garante” (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.9).

⁵⁵ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**, cit., 2ª ed., p.13.

⁵⁶ Se houvesse o comparecimento de um *vindex*, intervindo na *actio judicati*, adquiria ele eventualmente o direito de regresso contra o devedor e sua *infittatio* poderia consistir na negação da existência de sentença, de sua nulidade ou da extinção do débito por qualquer exceção material, como o pagamento. Com o oferecimento da *infittatio*, iniciava-se novo processo de cognição, com as mesmas fases *in iure e apud iudicem*, podendo haver absolvição ou condenação, agora em dobro, representando o princípio do crescimento

devedor era levado a três feiras sucessivas e, não solvido o débito, poderia o exequente matá-lo ou vendê-lo *trans tiberim*⁵⁷.

No caso do concurso de credores, afirma-se que poderia ser dividido o corpo do devedor em tantos pedaços quanto fossem os credores (*partis secanto*).⁵⁸ Sustentam alguns, entretanto, que o texto da Lei das XII Tábuas tinha sentido figurado, havendo apenas a venda do devedor como escravo, com a distribuição do preço entre os credores; ao passo que outros, como Buzaid, afirmam que o devedor poderia ser retalhado após a terceira feira. Acredita o doutrinador que o legislador romano não teria inserido disposição na Lei das XII Tábuas (*partis secanto*) de modo inócuo e as eventuais objeções arguidas pelos romanistas que sustentam o caráter figurado da norma não correspondem à realidade romana daquela época⁵⁹, pelo que a extrema sevícia nem sempre remanesca teórica⁶⁰.

Em todo caso, era comum que comparecesse alguém para libertar o devedor⁶¹; do contrário, não solvida a obrigação após a morte do devedor ou pela sua venda *trans tiberim*, passavam seus bens à vacância, destinando-se aos credores para o pagamento das dívidas.⁶²

A difícil situação do devedor somente foi amenizada com a *Lex Poetelia* (326 ou 441 a.C.)⁶³, que mitigou a aspereza da execução⁶⁴, iniciando, como aponta Scialoja, “aquele lento movimento de transformação em virtude do qual o procedimento contra a

da lide (*lis infitendo crescit in duplum*), para evitar o retardamento da execução (Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, pp.38-39).

⁵⁷ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. 1ª edição. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954. p.286; LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1978, p.28.

⁵⁸ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Um estudo da penhora**, cit., p.31; FERRARA, Francesco. **II fallimento**, cit., p.50.

⁵⁹ Cf. BUZOID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, p.45. A persecução do crédito chagava ainda mais longe, o credor tinha também o direito de privar o corpo morto da sepultura, consistindo em coação aos familiares do falecido, já que tinham eles o dever de sepultar o cadáver, o que não poderiam fazer, a menos que pagassem as dívidas do falecido, tornando-se esse um costume que se estendeu até o Baixo Império, apesar das vedações contidas em várias Constituições (p.48).

⁶⁰ Cf. SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**. 5ª edição. Padova: CEDAM. 1967, p.28.

⁶¹ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Um estudo da penhora**, cit., p.34.

⁶² Cf. BUZOID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, p.49.

⁶³ Conforme observa Alfredo Rocco, importantes fatores levaram aos avanços significativos da *Lex Poetelia*: “La ragione della plebe oberata di debitore e posta alla merce dei patrizi creditori, l’interesse dello Stato ad affermare la sua autorità e a limitare la difesa privata, concorsero ad determinare una serie di reforme, di cui la più importante e significativa è certo quella operata com una Lex Poetelia del 428 o 441 di Roma” (**Fallimento: Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., 1917, p.140).

⁶⁴ Cf. AZZOLINA, Umberto. **Il fallimento e le altre procedure concursali**. 1961. p.3; SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**, cit., 5ª ed., p.28.

pessoa do devedor foi convertendo-se pouco a pouco em procedimento tendente principalmente a satisfazer o credor mediante os próprios bens do devedor”⁶⁵. A nova lei tornou indispensável a presença do juiz e proibiu as faculdades de matar, vender ou deter o devedor insolvente, bem como permitiu que o devedor se livrasse da *manus injectio*, caso jurasse que tinha bens suficientes para a satisfação do crédito, repelindo a mão do credor. Foi institucionalizada, ainda, a possibilidade de satisfação do crédito com trabalhos forçados⁶⁶, o que para a época representou grande evolução.

Outras modificações ainda viriam; o aumento do território com as Guerras Púnicas, entre 264 e 150 a.C., ampliou a vocação romana de potência marítima, possibilitando sua expansão por todo o Mediterrâneo e o desenvolvimento de atividades mercantis.⁶⁷ A influência desses dados históricos no desenvolvimento do direito é notável, podendo ser constatada, por exemplo, no surgimento da figura do pretor peregrino, em 242 a.C., em virtude da expansão territorial e do conseqüente aumento da atividade comercial, demandando a proteção jurídica dos novos interesses para além do Direito Quiritário, já que agora seria necessário regular e solucionar conflitos entre romanos e estrangeiros. Na síntese de José Rubens de Moraes, Roma deixa de ser uma cidade-estado para ser a capital de um vasto império.⁶⁸

2.1.2 A execução e o concurso de credores do processo formular: instrumentos adaptados ao contexto da expansão do comércio e do território romano

A política expansionista de Roma após cinco séculos de guerras levou à dominação de boa parte da Europa, da Ásia e da África. O mediterrâneo transformou-se em um lago romano (*Mare Nostrum*), tornando necessária a adaptação do direito ao novo contexto político, social e econômico. Nesse sentido, a *Lex Aebutia* (149 a.C. 126 a.C.)

⁶⁵ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**, cit., 1ª ed., p.287 (tradução livre).

⁶⁶ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, p.43. Observe-se que há grande imprecisão relativamente às datas; quanto a *Lex Poetelia*, Luiz Carlos de Azevedo refere-se aos anos 326 a 313 a.C.

⁶⁷ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1ª edição, p.46.

⁶⁸ Nesse sentido: MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1ª edição, p.47; GRIMAL, Pierre. **O Império Romano**. 1ª edição portuguesa. Lisboa: Edições 70. 2010, pp.22-23. Conforme esclarece Grimal, a “onipresença de Roma na Bacia mediterrânica gerava conseqüências econômicas consideráveis. Roma tornava-se o centro ao qual afluíam riquezas: metais das minas espanholas, trigo da África, escravos vindos da Gália ou comprados no Oriente bárbaro... Depois, à medida que se estendia a influência política do *imperium*, a rede comercial tornou-se cada vez mais densa” (p.23).

marcou o reconhecimento legislativo do processo formular, cuja introdução já se iniciara antes, de forma paulatina⁶⁹, pela atividade dos pretores e dos *recuperatores* nas províncias⁷⁰.

O processo formular era mais “ágil e dinâmico”, garantindo por meio da fórmula, um registro de base física, a maior exatidão dos atos processuais, como uma alternativa menos formalista do que a do sistema anterior, agora baseada no *ius honorarium* do pretor⁷¹. O conteúdo das ações passou a ser mais variado, embora o procedimento na fase de conhecimento fosse único, parcialmente escrito, realizado consoante as mencionadas fórmulas.⁷²

A nova realidade socioeconômica vivenciada por Roma também trouxe modificações na execução, inclusive no concurso, agora não mais apoiado no sentimento de vingança privada.⁷³ Após a condenação do devedor ao pagamento de determinada quantia, nascia uma nova obrigação no lugar da anterior, uma espécie de novação necessária que dava origem à *obligatio iudicati*, de natureza processual, que substituía a obrigação de direito material⁷⁴.

Pela *actio iudicati*, o demandado já podia se defender pessoalmente, sem a intervenção de um terceiro, devendo, contudo, para oferecer a defesa (*infinitio*), fornecer a

⁶⁹ Outros doutrinadores sustentam que o processo formular teria se iniciado em Roma como fruto da criação do pretor urbano (Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**, cit., pp.75-77).

⁷⁰ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.13. Como esclarece o doutrinador, “por meio da atividade do pretor peregrino que se operou gradativamente, a mudança do processo formal das ações da lei para o processo formulário, menos rígido e mais rápido” (p.13).

⁷¹ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, p.85.

⁷² Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.16; TUCCI e AZEVEDO. **Lições de História do Processo Civil Romano**, cit., 1º ed., 2º tiragem, p.77. Consoante magistério de Tucci e Azevedo, a fase *in iure*, perante o pretor, dividia-se em quatro etapas: introdução da causa; atuação das partes; redação da fórmula, escolha do *iudex* e, por último, a *litis contestatio*. A introdução da causa se dava com a *editio formula* e com a *in ius vocatio*. Como uma novidade do processo formular, a *editio formula* consistia em uma comunicação prévia da pretensão do demandante ao réu, que era feita extrajudicialmente e deveria preceder a citação (*in ius vocatio*). A fórmula era redigida pelo magistrado com a colaboração das partes e deveria conter as informações necessárias para que o *iudex* julgasse a causa. Na fase “apud iudicem” havia a fase inicial, a instrução probatória e a sentença, que era proferida oralmente e, somente tendo a parte dispositiva, não era fundamentada. Com a sentença, nascia uma nova relação jurídica, em caso de condenação (pp.77-80)

⁷³ Nesse sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.18; MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, p.85.

⁷⁴ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Um estudo da penhora**, cit., pp.26-27.

chamada *cautio iudicatum solvi*, uma espécie de caução para a garantia do cumprimento do julgado.⁷⁵

A *actio iudicati* não representava propriamente a execução, mas ocorria após a sentença, como uma nova ação⁷⁶ à qual se seguiam os atos executórios⁷⁷. Tratava-se, assim, de uma atividade processual de natureza cognitiva, que versava não sobre a relação material anterior, mas, de forma mais restrita, abria possibilidade à discussão sobre a regularidade e existência do julgado anterior⁷⁸, algo que na prática permitia a revisão do processo precedente⁷⁹. Se não fossem reconhecidos os motivos arguidos, deveria haver condenação do devedor ao dobro da quantia cobrada.⁸⁰

Não oferecida a defesa por meio da *actio iudicati* ou não reconhecidas as suas razões, o magistrado declarava a *addictio* e autorizava os atos de execução a serem realizados pelo credor, que poderiam recair: 1) sobre a pessoa do devedor, pela *manus injectio*, que agora não mais autorizava a sua morte ou venda, apenas o obrigava a trabalhos forçados para o pagamento de suas dívidas⁸¹, ou 2) contra os bens do devedor, por meio da *missio in bona* e da *bonorum vendictio*⁸².

Até o período formular, era necessário a presença das partes em juízo para a constituição do processo e, nesse sentido, o pretor concebeu a *missio in bona* contra o devedor que se ocultava fraudulentamente para prejudicar aqueles a quem devia, recaindo a constrição sobre todos os seus bens, como forma de constrangê-lo ao pagamento.⁸³

No caso de concurso de credores, a *missio in bona* beneficiava a todos eles e, como aponta Azzolina, foi esta a primeira e mais antiga manifestação de consideração do

⁷⁵ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Um estudo da penhora**, cit., pp.28, 41 e 45.

⁷⁶ Conforme Liebman, tratava-se mesmo de uma nova ação, embora talvez tenha sido pouco utilizada na prática (Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**, cit., 2ª ed., p.14).

⁷⁷ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.18.

⁷⁸ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, pp.91-92.

⁷⁹ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.18.

⁸⁰ Sustentando a possibilidade de condenação *in simplum*, ao lado da *absolutio rei* e da *condemnatio rei in duplum*, Leopold Wenger argumenta que “si toda nueva condemnatio en el iudicium iudicati fuese in duplum, el beneficio momentáneo de la competencia costaría un precio tan caro que dificilmente alguien hiciera uso de tal beneficio” (**Actio iudicati**. Tradução por Roberto Goldschmidt e José Julio Santa Pinter. Buenos Aires: EJE. 1970, p.43).

⁸¹ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.18.

⁸² A *bonorum vendictio*, introduzida pelo pretor Rutilio Rufo em 636 a.C., e a *missio in possessionem* deram origem aos atos de execução patrimonial que se desenvolveram no período formular.

⁸³ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p. 66, 67 e 145.

interesse coletivo à execução patrimonial sobre os bens do devedor⁸⁴. O pedido de constrição deveria constar da *postulatio*, juntamente com seus motivos (o julgado, a *latitatio*, a *indefensio* ou a confissão) e antes da sua apreciação havia um exame sumário, condicionando-se a concessão da medida à persistência dos requisitos prescritos no édito.⁸⁵

A *bonorum vendictio* fora concebida inicialmente para a venda dos bens do devedor em casos de contumácia⁸⁶ e, no período formular, passou a ser a forma comum de execução⁸⁷, cujo procedimento apresentava uma fase inicial, acautelatória, a referida *missio*, e outra, de caráter executivo, a *vendictio*, para a venda do patrimônio do devedor como universalidade⁸⁸, demonstrando a grande evolução em relação à anterior *manus injectio*.⁸⁹

Após o prazo da *missio in bona*, com a apreensão dos bens, o pretor convocava os credores e estes elegiam um *magister*, cuja função era a de preparar e efetuar a venda dos bens, além de administrá-los nos casos em que a *missio* se prolongava⁹⁰. O *magister* redigia a *lex venditionis*, que continha “o quadro do ativo e do passivo do patrimônio, a indicação dos bens, dos privilégios e causas de prelação; inseria também a percentagem que o *emptor* devia pagar aos credores”⁹¹, respeitando o princípio da igualdade entre os credores⁹². Após, a *lex bonorum venditorum* era publicada por certo período fixado pelo édito do pretor.

Enfim, tratava-se de um procedimento ao qual muitos sistemas falimentares atuais se assemelham, inclusive o brasileiro, com a diferença de que o valor pago pelos bens

⁸⁴ Cf. AZZOLINA, Umberto. **Il fallimento e le altre procedure concursali**, cit., pp.3-4.

⁸⁵ Cf. BUZUID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1º edição, p.59-60. O autor, apesar das divergências entre os estudiosos, conclui que, pendendo alguma condição relativa à obrigação, a *missio* restringia-se apenas a medidas conservatórias sem a imissão, porque a posse destinava-se à venda do bem: “quem pode possuir, pode vender” (p.60).

⁸⁶ Conforme esclarece Francesco Ferrara, “la bonorum venditio, basata sulla finzione di morte, produceva l’infamia. Per evitarla si ricorse col tempo ad un expediente, che era la cessio bonorum: il debitore poneva a disposizione dei creditori tutti i suoi beni, per cui la vendita avveniva non sulla base della fictio mortis, ma per volontà dello stesso debitore. La procedura perdeva così il suo carattere infamante” (**Il fallimento**, cit., p.52).

⁸⁷ Na lição de Siro Solazzi: “La bonorum venditio era stata creata per mettere alla testa del patrimonio del debitore che non si difendeva regolarmente, un’altra persona che ottemperasse a questo dovere e, ocorrendo, pagasse i debiti, sippure in una misura limitata. Questa persona è il bonorum emptor, che il diritto pretorio trata come successore nel senso romano della parola, vale a dire, come successore universale del debitore” (**Il concorso dei creditori nel diritto Romano**. Nápoles: Casa Editrice Dott Eugênio Jovene. 1938, p.131).

⁸⁸ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimento Civil Romano**, cit., 1ª ed., p.90.

⁸⁹ Cf. BUZUID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução** cit., 1º ed., pp.53-57. Observa Luiz Carlos de Azevedo que o pretor Rutilio Rufo se baseou no procedimento já existente da *bonorum sectio* para idealizar a *bonorum venditio*. (**Um estudo da penhora**, cit., p.50).

⁹⁰ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.8-9.

⁹¹ Cf. BUZUID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1º ed., p.71.

⁹² Cf. SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**, cit., 5ª ed., p.28.

era transferido diretamente aos credores⁹³, porque a venda era feita a quem oferecesse a maior alíquota dos créditos devidos⁹⁴, subrogando o *emptor* nas obrigações devidas, como sucessor a título universal⁹⁵, inclusive para agir contra eventuais devedores do insolvente⁹⁶.

O Direito Romano desse período instituiu o princípio da *par conditio omnium creditorum*, aplicável no caso de concurso de credores de devedor insolvente, o que não impedia que o adquirente dos bens respeitasse a ordem de prelação⁹⁷, reconhecendo a preferência de credores hipotecários sobre os privilegiados e destes sobre os quirografários⁹⁸.

A *bonorum distractio*, nessa época, consistia em modalidade de venda excepcional dos bens do devedor, que se realizaria um a um, até que se atingisse o valor devido, sendo aplicada apenas a determinados devedores, pessoas ilustres⁹⁹, como os senadores, os *pupilli* e os *furiosi indefensi*; posteriormente, durante o Império, constituiria uma forma de execução patrimonial, que não mais atingiria a integralidade do patrimônio do devedor¹⁰⁰.

2.1.2.1 O *pactum ut minus solvatur*: consenso entre credor e herdeiro do devedor no Direito Clássico

A responsabilidade ilimitada do herdeiro pelos débitos da herança apresentava-se como consequência inevitável do fenômeno sucessório no Direito Romano que recaía sobre os herdeiros necessários ou mesmo voluntários, que assumiam a transferência das

⁹³ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7º edição, p.45.

⁹⁴ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**, cit., 1ª ed., p.293.

⁹⁵ Cf. ROCCO, Alfredo **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p 155.

⁹⁶ Cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituzioni di Diritto Romano**, cit., 11ª edição, p.145.

⁹⁷ Cf. CUENCA, Humberto. **Proceso civil romano**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América. 1957, p.117.

⁹⁸ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. 1º edição. São Paulo: Saraiva. 1952, p.78. Segundo o autor, apoiado no magistério de Wenger, eram incluídos como credores privilegiados: o credor por despesas funerárias; a mulher pela restituição do dote; o incapaz pela cobrança de dívida do tutor; o produtor; o *creditor qui ob restitutionem aedificiorum crediderit*; o crédito proveniente de quem comprou, construiu ou equipou um navio, como ainda o crédito das municipalidades (Cf. BUZAID, obra citada, p.79-80, referindo-se a WENGER, Lenel. **Instituzioni di Procedura Civile Romana**, pp.234-235).

⁹⁹ Cf. CUENCA, Humberto. **Proceso civil romano**, cit., p.119; PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. Vol. I. 3ª edição. Milão: Giuffrè. 1955, p.50.

¹⁰⁰ A *pignoris capio ex causa* autorizava a apreensão dos bens do devedor para constranger-lo ao pagamento, facultando, após transcorrido determinado prazo, a adjudicação ou a destruição do bem; não tinha, porém, finalidade satisfativa, tratava-se tão somente de coerção à satisfação do crédito (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, pp.24-25).

dívidas do falecido, passando a responder ilimitadamente¹⁰¹, como se fossem suas, caso aceitassem a herança¹⁰².

Se essa solução não parecia justa para o herdeiro do devedor, também não era cômoda a posição do credor. Não estabelecia, o *ius civile*, prazo algum para que a aceitação fosse proferida, de forma que o herdeiro tinha a liberdade de aceitar a herança no tempo em que desejasse, o que resultava numa situação iníqua para os credores hereditários, que deveriam esperar *sine die* a aceitação da herança. A situação acabou sendo corrigida pela atuação do pretor, que se encarregara de criar a *interrogatio*, consistente no chamamento do herdeiro a juízo para ser arguido sobre a aceitação da herança. Poderia o herdeiro, então, além de aceitar ou recusar a herança, requerer o *tempus ad deliberandum*, nunca fixado em menos de cem dias¹⁰³.

No Direito Romano clássico, conforme opinião corrente na doutrina¹⁰⁴, surgiu pela primeira vez o *concordato de maggioranza*, realizado pelo instituto do *pactum ut minus solvatur*, pelo qual o herdeiro, interrogado sobre a aceitação da herança, poderia propor a concordata aos credores por meio de um ajuste, vale dizer, de redução de créditos à força da herança, para que não fosse atingido o seu patrimônio pessoal, evitando, assim, a *hereditas damnosa*¹⁰⁵, algo que antes somente era alcançado com a recusa da herança¹⁰⁶. O *pactum* deveria ser submetido ao decreto homologatório por parte do *praetor* ou *praeses*¹⁰⁷.

Para alguns doutrinadores, a concordata poderia se dar pela maioria dos credores (*concordato di maggioranza*), como antecedente histórico da concordata preventiva¹⁰⁸. Como enfatiza Rocco, o fundamento da obrigatoriedade para os ausentes era o decreto do

¹⁰¹ Cf. SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**, cit., 5ª ed., p.28.

¹⁰² Cf. MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Concurso de credores e pactum ut minus solvatur**. 2ª edição. Roma: Del Grifo. 2002, pp.15-16.

¹⁰³ Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare** cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p.48; MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Concurso de credores e pactum ut minus solvatur**, cit., 2ª ed., pp.75-89.

¹⁰⁴ Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**, cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p.48.

¹⁰⁵ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p. 152.

¹⁰⁶ Como realça Requião, a renúncia da herança importava na *venditio bonorum*, “com todos os inconvenientes para os credores, lançando a mácula da infâmia na memória do falecido, fato constrangedor e vergonhoso para os herdeiros” (Cf. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. V.1. 14ª edição. São Paulo: Saraiva. 1995, p.9).

¹⁰⁷ Cf. MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Concurso de credores e pactum ut minus solvatur**, cit., 2ª ed., pp.88-93.

¹⁰⁸ Nesse sentido: AZZOLINA, Umberto. **Il fallimento e le altre procedure concorsuali**, cit., pp.4-5; ROCCO, Alfredo **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.154; PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**, cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 48; SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**, cit., 5ª ed., p.29.

pretor romano, detentor de extensos poderes para a confecção da fórmula, como um personagem posto entre intermediário e árbitro, que agia com base na legislação vigente e nas “progressivas exigências da vida social”¹⁰⁹.

Para outros, porém, como Guarino, o Direito Clássico conheceu apenas a concordata amigável, aceita necessariamente por todos os credores; somente no Direito Justiniano teria sido acolhido o princípio da maioria, que deveria ser cancelado pelo *decretum praetoris* ou pelo *decretum praesidis*¹¹⁰.

Independentemente dessa divergência doutrinária, é incontestável que, posteriormente, no Direito Justiniano, o *pactum ut minus solvatur* perdeu o sentido em virtude da introdução do benefício do inventário, que obstava a confusão entre os bens herdados e os do herdeiro, respondendo somente a herança pelas dívidas do falecido, de forma que não fosse atingido o patrimônio pessoal do herdeiro¹¹¹.

Todas essas observações levam a doutrina a pesquisar no Direito Romano a gênese da concordata, mas nesse período pode-se ver apenas o embrião do instituto, conforme a feição moderna que lhe foi conferida¹¹². Veja-se que um e outro instituto tem sentido diverso no contexto de seu tempo e, nesse sentido, importante notar, como aponta Eduardo Silveira C. Marchi, que “a admissão da concordata naquele direito deu-se, em grande parte, não por considerações de ordem patrimonial, como no direito moderno, e sim, essencialmente, por razões de ordem ética: resguardar da *infamia* a memória do *de cuius insolvente*”¹¹³.

¹⁰⁹ Cf. ROCCO, Alfredo. *Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica*, cit., p.155.

¹¹⁰ *Apud* MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Concurso de credores e pactum ut minus solvatur*, cit., 2ª ed., p.172.

¹¹¹ Nesse sentido: ROCCO, Alfredo. *Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica*, cit., p. 155; REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. V.1. 14ª edição. São Paulo: Saraiva. 1995. p.9; PROVENCIALI, Renzo. *Manuale di Diritto Fallimentare*. cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 48; SEMO, Giorgio. *Diritto Fallimentare*, cit., 5ª ed., p.29.

¹¹² Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v.1. 14ª ed., cit., p. 8.

¹¹³ Cf. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Concurso de credores e pactum ut minus solvatur*, cit., 2ª ed., p. 173.

2.1.3 A evolução da execução e do concurso de credores no período da cognição extraordinária

A modificação da realidade histórica no início do Império¹¹⁴, com a instauração do principado¹¹⁵, deu ensejo ao nascimento do juízo publicístico, agora sujeito a funcionários estatais e a toda organização judiciária, o chamado período da cognição extraordinária, que passou a ser aplicado gradativamente, inicialmente de forma concomitante ao procedimento *per formula*¹¹⁶.

Com caráter nitidamente publicístico, o processo passou a ser um importante instrumento a serviço do Império e, para isso, foram criadas as magistraturas especializadas, para que a aplicação do direito se desse de conformidade com a vontade do *princeps*, que exercia, inclusive, o controle no âmbito recursal.¹¹⁷

A *actio iudicati* ainda era utilizada e imprescindível para deflagrar a execução da sentença de condenação,¹¹⁸ mas, agora como um procedimento cognitivo que se dava unicamente perante o magistrado, diversamente do que ocorria no período formulário¹¹⁹. A

¹¹⁴ Após algum tempo, as convulsões sociais chegam ao fim e forma-se uma nova ordem com o fim da República, o início do Império (Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, pp.101-106).

¹¹⁵ No dizer de Pierre Grimal, “o Senado, ao reconhecer a César o título de ‘vencedor perpétuo’, o que significa, na prática, o nome de *imperador*, funda verdadeiramente um regime novo, no qual o sobrinho-neto, Octaviano Augusto, se inspirará depois da sua vitória sobre Antônio. Esta fundação fez-se por um processo inverso daquele em que em 509 a.C. instalara a República. As diferentes funções jupiterianas, que haviam sido as dos reis, e depois dos cônsules anuais, viram-se reunidas, de novo, numa única personagem, ao mesmo tempo e perpetuamente chefe de guerra e magistrado civil supremo, detendo, pois, simultaneamente o *imperium* civil e o *imperium* militar” (Cf. GRIMAL, Pierre. **O Império Romano**, cit., 1º ed. portuguesa, p.11).

¹¹⁶ Já que, como esclarece José Rubens de Moraes, durante muito tempo ainda seria utilizado o sistema formulário, abolido apenas em 342 d.C. pelos imperadores Constante e Constâncio (Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, p.106).

¹¹⁷ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º ed., p.104. Como exemplos de magistratura especializada, cita o autor o pretor de fideicomissos, que se encarregava da execução, e o pretor das causas de liberdade, para resolver questões relativas à liberdade dos escravos. Conforme o magistério de Moraes, na *cognitio extra ordinem*, o procedimento unificado dividia-se nas fases de introdução da demanda, com o sucessivo chamamento a Juízo, agora uma ordem oficial, seguindo-se a *narratio* e a *contradictio*, a instrução probatória e a sentença, que passava a ser fundamentada e não se restringia à condenação em pecúnia, podendo adotar a *condemnatio in ipsam rem*, além de passar a se sujeitar a recurso (pp.143-148). Consoante esclarecem Tucci e Azevedo, os recursos cabíveis da sentença, a *appellatio*, nas hipóteses de decisões dos *praefectus praetorio*, e a *supplicatio*, eram instrumentos políticos para a unificação da aplicação do ordenamento jurídico em todas as partes do império, utilizados como forma de centralização da jurisdição nas mãos do *princeps*, que poderia sempre reexaminar as decisões do *praefectus urbi* ou de outros magistrados superiores. (Cf. TUCCI e AZEVEDO, **Lições de História do Processo Civil Romano**, cit., 1ª ed., 2º tiragem, pp.168-169).

¹¹⁸ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, p.110.

¹¹⁹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**, cit., 2ª ed., p.27.

condemnatio rei in duplo persistiu até ser abolida por Justiniano, que proibiu a renovação da *actio iudicati*¹²⁰.

Se a condenação se reduzisse ao pagamento de determinada soma em dinheiro, decorrido certo prazo sem que a ordem fosse atendida, caberia a aplicação da chamada *pignus ex causa iudicati captum* (a penhora em razão do julgamento), realizada em caso de solvência do devedor¹²¹, por intermédio dos funcionários da organização estatal, que se restringiam a penhorar apenas tantos bens quantos bastem à garantia da execução¹²², em um procedimento mais comodo que a *bonorum venditio* ou a *bonorum distractio*¹²³.

A *pignus ex iudicati causa captum* afirmou em definitivo o caráter patrimonial da execução romana¹²⁴ e veio a substituir, no segundo século, a *bonorum venditio*, autorizadora da venda de todo o patrimônio do devedor e que levava muitas vezes a solução injusta, especialmente nas situações em que as dívidas eram de valores inferiores ao do patrimônio vendido¹²⁵. Veja-se que, pela anterior *bonorum venditio*, realizava-se a venda conjunta de todos os bens do devedor, o que representava, além do prejuízo para o devedor, lucros desproporcionais para quem adquiria o patrimônio total, os *bonorum emptores*, que revendiam esses bens de forma individual. Houve, assim, notável progresso representado pela limitação da penhora e venda dos bens ao que seria necessário para assegurar a execução.¹²⁶

Durante o período da cognição extraordinária, até mesmo na época do Direito Justinianeu, além da execução singular, realizada pela *pignus in causa iudicati captum*, havia a execução universal, aplicável ao devedor que se ocultava, cedia os seus bens ou se

¹²⁰ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.27.

¹²¹ Cf. FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., p.53; FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p 10.

¹²² Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Um estudo da penhora**, cit., p.52. A limitação da penhora à quantidade de bens suficientes para solver a obrigação foi ditada pelo Imperador Antonio Pio (138-161 A.D.) aos magistrados de Roma, no final do período formulário, quando já era aplicada a *cognitio extraordinária*. A venda dos bens penhorados obedecia à seguinte ordem: primeiramente as coisas móveis e animais, em segundo lugar os imóveis e, em terceiro, os direitos. Posteriormente, alguns bens que eram necessários às atividades do devedor eram preservados, como nos exemplos fornecidos pelo autor, não se penhoravam instrumentos destinados ao cultivo do solo, escravos ou animais de um agricultor (pp.53-55), o que também demonstra a tendência à humanização da execução e até mesmo a sua eficiência, porque o devedor privado de suas ferramentas certamente teria menos recursos para no futuro solver suas obrigações.

¹²³ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**, cit., 1ª ed., p.298.

¹²⁴ Cf. AZZOLINA, Umberto. **Il fallimento e le altre procedure concursali**, cit., p. 5

¹²⁵ Cf. BUZOID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1º edição, pp.81-82.

¹²⁶ Cf. CUENCA, Humberto. **Processo civil romano**, cit., p.172; BUZOID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1º edição, pp.83-84.

encontrava insolvente¹²⁷. Nessas hipóteses, a execução se dava sobre todo o patrimônio por meio da *missio in bona* e da *bonorum distractio*¹²⁸, com a realização do concurso de credores ou mesmo para a satisfação de um crédito singular, se a dívida excedesse ao valor do patrimônio, no caso de insolvência¹²⁹.

Note-se a evolução também porque a apreensão e venda dos bens não mais se destinava à coação do devedor ao pagamento, mas à satisfação direta do crédito, com a redução dos bens penhorados a dinheiro.¹³⁰

Iniciado o concurso de credores, a pedido destes ou do próprio devedor, procedia-se à *missio in possessionem bonorum*, passando os bens à posse dos credores, admitidos por sentença ou por reconhecimento do devedor¹³¹. O juiz nomeava o *curador bonorum* por proposta da maioria dos credores, que passava administrar a massa concursal até a venda dos bens, normalmente feita de forma individual, pela melhor oferta. Conferia-se o prazo de dois anos, para a habilitação dos credores domiciliados na mesma província, e quatro, para os *absentes*. Após o prazo preclusivo, os bens eram vendidos e o produto era repartido proporcionalmente, observadas as preferências de cada crédito.¹³²

Pelo sistema já existente à época do período pós-clássico, alguns autores chegam mesmo a afirmar que estariam presentes naquele momento todos os traços “salientes da fallencia hodierna”, que teria tomado uma feição essencialmente comercial “por motivos simplesmente históricos”¹³³.

¹²⁷ Cf. SOLAZZI, Siro. **Il concorso dei creditori nel diritto Romano** cit., p.48.

¹²⁸ Cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituzioni di Diritto Romano**, cit., 11ª edição, p.45; ROCCO, Alfredo. **Fallimento - Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.175; AZZOLINA, Umberto **Il fallimento e le altre procedure concursali**, cit., p.5; FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., p.53.

¹²⁹ Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. cit., vol. I, 3ª ed., 1955, p. 50.

¹³⁰ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, pp.89-90.

¹³¹ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**. Vol. VII. 3ª edição. Rio de Janeiro: Fretas Bastos. 1939, p.15.

¹³² Nesse sentido: Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, cit., vol.VII, 3ª ed., 1939, p.16; BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, pp.93-95. Consoante esclarece Buzaid, primeiramente, os créditos com direito real, seguidos dos privilegiados e, após, dos quirografários. As regras relativas às preferências das penhoras, conforme o critério cronológico de suas realizações, era aplicado apenas para as execuções movidas contra devedores solventes; do contrário, sendo insolvente o devedor, aplicava-se a *par conditio creditorum*, com as preferências mencionadas. (pp. 93-95).

¹³³ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, cit., vol.VII, 3ª ed., 1939, pp.17-18.

A *bonorum cessio* ou cessão de bens surgiu no início do Império, instituída por uma Lei Júlia, permitindo o abandono de bens pelo devedor romano aos credores também romanos, evitando a imposição de infâmia¹³⁴. A partir do Código Teodosiano, não havia forma especial para a *bonorum cessio*, sendo suficiente a declaração de vontade do devedor, que poderia ser judicial ou extrajudicial, mas somente quando se encontrava insolvente. Por outro lado, não poderia ser utilizado esse instrumento, a *bonorum cessio*, quando a dívida se referia a tributos ou quando o devedor havia fraudado seus credores¹³⁵.

As crises institucionais do terceiro século¹³⁶, que se tornavam evidentes pela corrupção da administração da justiça e pela prática de abusos processuais, levaram a importantes modificações no direito processual e na organização judiciária do Baixo Império, como a instituição da *litis denuntiatio* como única forma de citação a ser feita por funcionário do Tribunal e não mais por particular; a determinação de ampla publicidade nos processos, inclusive para os atos de execução, e os limites em que deveria se dar, permitindo-se ao devedor recorrer se houvesse excesso, mas, punindo-o com o agravamento da condenação, caso o recurso fosse procrastinatório¹³⁷, o que representou um avanço para a eficiência do sistema executivo.

Além do referido *pactum ut minus solvatur* (*concordato di maggioranza*) que poderia ser utilizado pelos herdeiros do devedor, a espera ou moratória (*praescriptio moratória* ou *quinquennales induciae*) poderia ser concedida pelo príncipe ao devedor que sustentasse a impossibilidade momentânea de pagamento, pelo prazo máximo prazo máximo de cinco anos. Posteriormente, por decisão de Justiniano, passou o benefício a depender da

¹³⁴ Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 49.

¹³⁵ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, pp.74-78.

¹³⁶ O cenário de estabilidade alcançado no início do Império foi sucedido por uma grave crise social desencadeada no terceiro século, no final do principado, que ficou conhecida como anarquia militar. Apesar de poderoso o Estado, era muito difícil preservar a unidade política e administrativa do território de dimensões continentais, que reunia povos de diferentes origens e culturas, o que obrigava os governos a manter enormes contingentes militares, com grandes despesas para o Estado, levando ao desequilíbrio entre a receita e a despesa pública. Como se não bastasse, “a crise se acentuou graças ao colapso do escravismo e sua gradual substituição pelo sistema de colonato: pessoas empobrecidas do campo e das cidades procuravam os grandes proprietários rurais e, em troca de proteção, passavam a trabalhar em suas terras como colonos, sem poder deixar o lote recebido, numa prestação de vida inteira e hereditária. Muitos proprietários preferiram libertar seus escravos - um luxo cada vez mais caro - e transformá-los em colonos, arrendando-lhes parte da terra. Ao mesmo tempo, as cidades se despovoavam, o comércio decaía e os metais preciosos escasseavam: receber salário em moeda, era quase impossível” (Cf. BRAICK, Patrícia Ramos. Mota, Miriam Becho. **História das cavernas ao terceiro milênio**. 3ª edição. São Paulo: Moderna, p.96).

¹³⁷ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**, cit., pp.152-158.

deliberação da maioria dos credores, levando em conta a importância dos créditos, quirografários e hipotecários reunidos, atendendo ao que era mais vantajoso, deixando o devedor à testa de seus negócios¹³⁸, como espécie de *pactum de non petendo intra tempus*, ou seja, limitado a tempo certo, desde que não excedesse ao mencionado prazo de cinco anos¹³⁹.

O devedor infeliz e de boa-fé, consoante esclarece Carvalho de Mendonça, poderia também recorrer à *bonorum cessio*, entregando todos seus bens presentes, o que evitava a sua detenção e não dependia da aceitação dos credores; essa cessão, que Justiniano denominara *flebile adjutorium* (L 7 Cod.7.71), abria o concurso creditório, liberando o devedor até o valor dos bens que abandonava, além de lhe conferir o direito de conservar o necessário para a sua sobrevivência e de manter intacta a sua honra¹⁴⁰.

2.2 O retrocesso do Direito Intermédio

A decadência econômica e política levou à derrocada do Império Romano do Ocidente, propiciando incursões dos povos bárbaros em seu vasto território no século V¹⁴¹, que culminaram com a deposição do último soberano, Rômulo Augusto, no ano de 476. O Império do Oriente, apesar de também decadente, sobreviveria ainda por muito tempo, vindo a desaparecer apenas em 1453, com a tomada de Constantinopla, hoje Istambul, pelos turcos otomanos.

As invasões levaram ao total fracionamento do Império do Ocidente por povos bárbaros¹⁴² de origens étnicas diversas, como os francos, os lombardos, os ostrogodos, os visigodos e os vândalos, que suplantaram parcialmente¹⁴³ o direito do povo dominado,

¹³⁸ Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.234.

¹³⁹Cf. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, v.2., 14ª ed., cit., pp. 8-9; CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, cit., vol.VII, 3ª ed., 1939, p.16-17.

¹⁴⁰ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, cit., vol.VII, 3ª ed., 1939, p.16.

¹⁴¹ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, p.96.

¹⁴² Para os romanos, bárbaros eram todos aqueles que não falavam o latim e não eram ligados à cultura grego-romana (Cf. MARONE, Gilberto Tibério e FRANCO JUNIOR, Hilário. **História Geral I**. São Paulo: Marco Editorial. 1982, p.55).

¹⁴³ Conforme enfatiza Alfredo Rocco, após as invasões bárbaras, o Direito Romano não perdeu totalmente seu vigor, “lo salvarono dalla ruina la stessa ammirabile saldezza dela sua costituzione, le profonde radici, che esso aveva nell’anima e nelle tradizioni del popolo, il rispetto degli invasori verso quel vestuto monumento di civiltà, e il principio dela nazionalità del diritto, che il nuove domintotori dell’Italia intodussero,

substituindo-o por suas próprias instituições; um verdadeiro choque de culturas, ainda mais se considerarmos as diferenças entre os estágios de evolução em que se achavam, vez que o Direito dos povos dominantes “constituía fruto de uma civilização bem mais primitiva que a romana”¹⁴⁴.

Apesar do respeito ao princípio da da nacionalidade, pelo qual se aplicavam aos romanos o próprio Direito¹⁴⁵, na época da consolidação do domínio, mesmo considerando as peculiaridades culturais de cada povo bárbaro, é possível afirmar que o individualismo germânico e a ausência de um Estado forte propiciavam a ingerência privada para a solução dos conflitos, sendo comum a autotutela e a ausência de meios eficazes à repressão de abusos¹⁴⁶, atribuindo novamente o caráter penal e pessoal à execução¹⁴⁷.

Exemplo da ausência estatal e da autotutela pode ser considerada a execução longobarda¹⁴⁸, que se iniciava pela atividade do próprio credor, com a prática de atos de invasão patrimonial sem o pressuposto da anterior condenação e nem mesmo a necessidade de autorização judicial¹⁴⁹, bastando a existência de cláusulas executivas nos contratos¹⁵⁰, fato que representava a prévia aceitação do devedor. A submissão aos atos expropriatórios era, portanto, o pressuposto da execução e, caso não pactuada, poderia ser obtida pela provocação de uma Assembleia de membros da comunidade, que a impunha ao devedor sob pena da exclusão da paz pública (o *bannum*)¹⁵¹, vale dizer, da sociedade civil¹⁵².

e che venne meno soltanto col definitivo trionfo del diritto romano” (Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.165).

¹⁴⁴ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**, cit., 2ª ed., p.37.

¹⁴⁵ Inclusive para execução contra o devedor romano, com a *missio in bona*, e até mesmo em caso de insolvência, com a *distractio bonorum* (Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**, cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 51).

¹⁴⁶Cf. RASI, Piero. “Diritto Intermedio”, in **Enciclopedia del diritto**. Milão: Giuffrè. 1966. p.431; DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, pp.50-52.

¹⁴⁷ Cf. AZZOLINA, Umberto. **Il fallimento e le altre procedure concursali**, cit., p.6.

¹⁴⁸ Também a execução entre os francos, cuja penhora se dava por autoridade privada, com o apossamento temporário de bens ou do próprio devedor pelo credor, restando claro o retrocesso a institutos mais antigos do Direito romano (Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**, cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 51).

¹⁴⁹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**, cit., 2ª ed., p.28.

¹⁵⁰ A *wadiatio*, um instituto próprio do Direito longobardo, correspondia a uma forma negocial de conteúdo aplicável a várias espécies de relações, dentre elas, uma forma de caução, como era a *wadia de solvendo*, que representava a passagem da posse de um bem do devedor para o credor, retornando-lhe apenas quando apresentasse um garantidor para o cumprimento da execução, que o constrangeria à satisfação do débito, sempre sobre a ameaça de graves sanções (Cf. RASI, Piero. “Diritto Intermedio”, in **Enciclopedia del diritto**, cit., p.433; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.34).

¹⁵¹ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, p.54.

¹⁵² Cf. AZZOLINA, Umberto. **Il fallimento e le altre procedure concursali**, cit., p. 6.

Nesse contexto, não havia no Direito Germânico uma verdadeira execução de sentença¹⁵³, como fase distinta do processo, com a precedente condenação. Até mesmo a intervenção estatal sobreviria apenas em fase posterior, na hipótese de se rebelar o devedor quanto a injustiça da penhora, não como um juízo da forma como se dava no Direito Romano, mas como uma série de formalidades controladas pelo juiz, para apreciar as provas a serem apresentadas pelo interessado, que deveriam demonstrar a injustiça sofrida antes da sentença¹⁵⁴. A cultura jurídica dos povos bárbaros em muito divergia da tradição romana¹⁵⁵, preconizando paradigmas opostos: a própria ideia de eficácia executiva, que entre os romanos se dava apenas com a *addictio* do magistrado, baseava-se, para os bárbaros, tão somente na sujeição do devedor, com a sua aceitação por via extrajudicial, com base nas ditas cláusulas executivas, ou judicial, quando não houvesse a aceitação anterior¹⁵⁶.

Dentre outros povos, como os ostrogodos, que ocupavam à época a península itálica, a justiça de mão própria fora proibida por uma *Lex Julia*, sendo a execução confiada a órgãos públicos; contudo, havia o hábito, mesmo vedado, da vingança como meio de justiça.¹⁵⁷ Da mesma forma com relação aos visigodos, cuja tendência era a de impedir a execução privada, sem, no entanto, conseguir erradicar a autotutela.

No geral, as legislações bárbaras contemplavam duas formas de execução distintas: a patrimonial, aplicável em caso de solvência do devedor, e a pessoal, que poderia levar à escravidão por débitos, que cabia na hipótese de não ter o devedor bens suficientes para a satisfação de suas dívidas¹⁵⁸. O retrocesso da velha ideia de vingança e do caráter penal se manifestavam também na possibilidade de penhora de bens superiores ao valor do crédito ou no direito de destruir os bens penhorados¹⁵⁹.

¹⁵³ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.171.

¹⁵⁴ Cf. RASI, Piero. “Diritto Intermedio”, in **Enciclopedia del diritto**, cit., p. 431.

¹⁵⁵ Conforme observa Lucon, “no direito germânico, os atos executivos desde logo se iniciavam e, apenas incidentalmente, era permitido o exame das razões das partes. A cognição era eventual...” (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.35).

¹⁵⁶ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p..170.

¹⁵⁷ Cf. RASI, Piero. “Diritto Intermedio”, in **Enciclopedia del diritto**, cit., p.431

¹⁵⁸ Consoante o magistério de Francesco Ferrara, as legislações barbaras partem de princípios diversos e em certo sentido opostos a aqueles do Direito Romano; como enfatiza o autor, “se il debitore non adempie, il creditore ha diritto di prendere pegno: se non trova beni da afferrare, afferra la persona del debitore. L’escecuzione personale appare dunque un mezzo sussidiario di difesa. Ma sia questa che quella patrimoniale sono dirette a costringere a pagare: il creditore tiene le cose o la persona del debitore fino a che constitui paghi” (**Il fallimento**, cit., p.53).

¹⁵⁹ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.167.

2.3 O desenvolvimento dos procedimentos concursais na Baixa Idade Média: a falência e a concordata

Prenunciando a Idade Moderna, a Baixa Idade Média, compreendida entre os séculos XI e XV, assistiu a transformações sociais e econômicas decorrentes do crescimento demográfico, inovação de técnicas agrícolas e expansão dos territórios com as cruzadas, que possibilitaram o fortalecimento do comércio internacional do Ocidente com o Oriente. Desde o século XII, começou a se desenvolver um modo de vida urbano, em cidades que se tornariam grandes polos comerciais¹⁶⁰, como Gênova, Veneza e Florença ou, ao norte da Europa, no Báltico, Hamburgo, Bremen e Lubeck, com entrepostos em Londres, Flandres e em outras cidades da Europa. Todas essas transformações levariam ao enfraquecimento da nobreza feudal e ao surgimento da burguesia, uma nova classe que apoiava a centralização política e o fortalecimento das monarquias nacionais, definindo o que seriam as características do Estado moderno.¹⁶¹

A expansão e a revitalização do comércio no final do período antecedente (Idade Média Central) e durante toda a Baixa Idade Média constituem, desta maneira, um novo marco na história, evidenciando profundas mudanças que influenciariam a cultura dos povos europeus e também seus institutos jurídicos. Foi nesse período, entre os séculos XIII e XIV, que se formou o Direito Comum europeu, considerando fatos relevantes, como a Fundação da Universidade de Bolonha e de outras posteriormente, e o trabalho dos glosadores e comentaristas daquele período, que desenvolviam atividade científica e sistemática sobre os princípios do Direito Romano¹⁶².

Desta maneira, apesar do abandono do estudo do Direito Romano após as invasões bárbaras, com o estabelecimento do Direito Germânico, de feição totalmente diversa, os estudos romanistas foram retomados pela célebre escola de Bolonha, agora já

¹⁶⁰ Sobre o papel das cidades italianas relativamente ao Renascimento, esclarece José Marcelo Martins Proença, que, “controlando o comércio no Mediterrâneo, plantaram comunidades abastadas, dotadas de recursos hábeis para financiar e, portanto, atrair cientistas, artistas, filósofos” (PROENÇA, José Marcelo Martins. “Os novos horizontes do Direito Concursal – Uma crítica ao continuísmo prescrito pela Lei 11.101/05”, in Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, coordenadores, **Direito Recuperacional**. Aspectos Teóricos e Práticos. 1ª edição. V. 2. São Paulo: Quartier Latin. 2009, p.187).

¹⁶¹ Cf. MARONE, Gilberto Tibério e FRANCO JUNIOR, Hilário. **História Geral I**, cit., pp.74-77. Consoante esclarecem os autores, o Renascimento Comercial incentivou o aumento da utilização de moedas, promoveu o aparecimento de bancos e de novos instrumentos de crédito, além da procura por metais, inicialmente em rotas africanas, depois, em novas regiões, especialmente a América (p.76).

¹⁶² Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, p.102.

permeado de elementos do cristianismo, transformando os usos e costumes em lei escrita nos Estados italianos, para regular a insolvência e o tráfico comercial que se desenvolvia naquele momento. Não que houvesse um “direito europeu unitário e ordenado”; mas, ao lado dos estatutos das comunas, o direito local, a doutrina formou conceitos, sistematizando e revelando “os institutos do imenso corpo do direito romano”¹⁶³.

O velho Direito italiano, como aponta Carvalho de Mendonça,¹⁶⁴ serviu de “laboratório” também à falência como conhecemos em épocas mais recentes, apesar de o instituto ter se desenvolvido no Direito Comum¹⁶⁵.

O *sequestro*, como uma medida assegurativa derivada da penhora privada, influenciou e contribuiu para o desenvolvimento da falência; todavia, conforme aponta Alfredo Rocco, não lhe teria determinado a origem direta; o já referido instituto romano da *missio in possessionem rei servandae causa* teria servido a esse escopo, com um curador encarregado da custódia e venda dos bens e com a *bonorum distractio*, por meio da qual o valor dos bens constritos poderia ser imediatamente realizado¹⁶⁶.

No Direito Comum, sendo insolvente o devedor, o seu patrimônio era colocado sob o poder de seus credores, o que se dava pela *missio in possessionem, ex primo ed ex secundo decreto*¹⁶⁷. O primeiro decreto era expedido mediante cognição sumária, com a transferência provisória dos bens do devedor aos seus credores, situação que seria revertida se houvesse o pagamento dos débitos. Persistindo a inadimplência, poderia ser pleiteado o segundo decreto, que seria concedido após cognição ampla, destinada à comprovação dos créditos reclamados, culminando com a atribuição dos bens aos credores, que eram administrados por um curador eleito em assembleia (*curator bonorum*), até a venda e a repartição do valor¹⁶⁸.

¹⁶³ Cf. BUZUID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, p.102.

¹⁶⁴ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, cit., vol.VII, 3ª ed., 1939, pp.18-19.

¹⁶⁵ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.187.

¹⁶⁶ Idem, cit., p.178. Conforme comenta Alfredo Rocco, o instituto da falência não poderia derivar diretamente do sequestro porque era mais antigo que este; já no século XIII havia estatutos de algumas cidades italianas que se ocupavam com precisão e larguesa da falência, enquanto que o sequestro, apesar de ter surgido possivelmente no século XII, somente se consolidou no século XIV (pp.178-179).

¹⁶⁷ Cf. FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., pp. 54-55.

¹⁶⁸ Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. cit., vol. I, 3ª ed., 1955, p. 56.

O sequestro, que surgiu provavelmente no século XII e se consolidou no século XIV, complementou a disciplina jurídica da insolvência¹⁶⁹, sendo utilizado quando se tratava de devedor suspeito de fuga¹⁷⁰, para atingir todos os seus bens e conservar a capacidade de adimplemento das obrigações, como uma fase preparatória da execução geral, que poderia cessar, se o devedor prestasse caução pessoal ou real idônea¹⁷¹.

Dessa forma, pode-se dizer que os três institutos mencionados (a *missio in possessionem*, a *bonorum distractio* e o sequestro) concorreram para formar o instituto da falência no Direito medieval italiano¹⁷², imprimindo seus traços característicos: a privação da disponibilidade dos bens do devedor; a oficiosidade do procedimento, revelada pela ingerência da autoridade pública¹⁷³; a constrição, a administração, a conservação e a venda de bens do devedor em favor dos credores e a satisfação proporcional com base na igualdade¹⁷⁴. E mais, como aponta Provinciali, “o ponto de chegada dessa secular elaboração é o século XIV, no qual a falência alcançou aquela estrutura fundamental, que não mais abandonou” até as legislações contemporâneas¹⁷⁵.

Nesse contexto, o princípio germânico da prioridade no tempo foi sofrendo atenuações em favor da *par conditio creditorum*, que evoluiu no Direito costumeiro francês, assim como nas cidades italianas, alemãs e na península hispânica, quando os bens eram insuficientes para cobrir todas as dívidas¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Observa Provinciali que em alguns estatutos a falência fora prevista antes mesmo do sequestro, não obstante, conforme o autor, não se pode concluir somente por isso que a falência não fora influenciada pelo instituto do sequestro (Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 55).

¹⁷⁰ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p. 16.

¹⁷¹ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., pp.179-184.

¹⁷² Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p. 16.

¹⁷³ Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 53.

¹⁷⁴ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.184. Conforme esclarece o autor a ingerência da autoridade pública também se revela pela “ricerca dei creditori, l'accertamento dei crediti e la loro ammissione al concorso”, bem como pela possibilidade existente, em alguns estatutos, da *datio in solutum per iudicem*, com a distribuição direta dos bens do devedor aos credores (pp.190-191). Admitia-se, também, a “estensione del fallimento ai soci del fallito”, bem como eram atingidos os bens dos filhos, acendentes e irmãos do devedor, os quais conviviam com ele, eram seus sócios ou tivessem eles bens comuns com o falido, reunindo-os à massa para a satisfação dos credores (p.194).

¹⁷⁵ Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 57 (tradução livre).

¹⁷⁶ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, p.106.

As normas de direito material e processual relativas à falência se aplicavam a quaisquer espécies de devedores, comerciantes ou não¹⁷⁷, conforme previsto expressamente em algumas legislações, como nos Estatutos de Siena (1262 e 1310), Veneza (1395), Padova (1420), Gênova (1498), Florença (1415) e Bolonha (1509); em outras, porém, ocupavam-se mais dos devedores comerciantes, mas o faziam de modo a compreender o devedor civil, como os Estatutos de Milão (1341)¹⁷⁸.

No dizer de Ferrara, a falência era também um procedimento penal contra o devedor, que tinha por objeto, ao mesmo tempo, a satisfação dos credores e a punição do falido¹⁷⁹ e, nesse sentido, a falência conduzia a outras penalizações do devedor, como o *bando*, a prisão¹⁸⁰, a incapacidade de exercer o comércio, a perda de cidadania e a multa, medidas que tinham o nítido intuito de induzir o devedor ao cumprimento das obrigações, pondo a disposição dos credores todo o seu patrimônio¹⁸¹.

Note-se que a severidade do tratamento conferido ao devedor colocava-o como um fora da lei¹⁸², como no caso do *bando*, pelo qual era permitido ofendê-lo e proibido lhe dar asilo ou refúgio, além de ser frequente o uso da tortura, para que o devedor entregasse seus bens¹⁸³. Algumas legislações da época, como o “*Statuto dei mercanti di Bologna*”, chegavam a prever a pena de morte do devedor¹⁸⁴, restrita posteriormente ao devedor que fugia ou ocultava seus bens ou aos insolventes fraudadores. Tais sanções, muitas atenuadas, perduraram até o século XVIII, não obstante ainda possa se ver referência a trabalhos forçados no *Code de Commerce* de 1807¹⁸⁵.

¹⁷⁷ Cf. FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., pp.57-58.

¹⁷⁸ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.185. No curso do tempo, novas regras foram instituídas para a tutela dos interesses dos credores, como a destinação de juízes especializados em diversas cidades, como Gênova, Veneza, Milão, Siena e Firenze.

¹⁷⁹ Cf. FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., pp.56-57.

¹⁸⁰ Havia a necessidade de autorização da autoridade pública para a captura do devedor, que deveria ser realizada por um oficial público, demonstrando ser a prisão por dívida monopólio público destinado a coerção sobre a vontade do devedor ao adimplemento (Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.175).

¹⁸¹ A ideia de que o patrimônio do devedor é a garantia comum de seus credores, com a exceção das causas legítimas de prelação (credores hipotecários ou privilegiados), aplicava-se aos procedimentos concursais, como a falência e a *cessio bonorum*, ou à liquidação de uma herança com benefício ou renúncia (Cf. RASI, Piero. “Diritto Intermedio”, in **Enciclopedia del diritto**, cit., p.444).

¹⁸² Como aponta Sampaio de Lacerda, “eram, pois, rigorosas as penas para os falidos, derivadas, aliás, do fato de ser a falência considerada um delito. Por isso quase sempre o devedor procurava todos os meios lícitos e ilícitos para evitar a ação dos credores e, quando fosse impossível, fugia” (Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.32).

¹⁸³ Cf. FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., p. 54.

¹⁸⁴ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.179 e 197.

¹⁸⁵ Cf. SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**, cit., 5ª ed., p.31.

Por outro lado, o rigor do tratamento aplicado ao devedor na época explica também o surgimento de institutos como o *salvocondotto* e o *concordato*¹⁸⁶, que remontam suas origens, deste modo, ao Direito Estatutário e aos costumes medievais¹⁸⁷.

O *salvocondotto* possibilitava a soltura do devedor encarcerado ou o retorno daquele que havia fugido, para que fossem realizadas tratativas com os credores no sentido de concluir o *concordato*, que poderia prever o cumprimento das obrigações em tempo que variava de 15 dias a dois anos e durante o qual não poderia o devedor alienar seu patrimônio¹⁸⁸.

O *concordato*, surgido de forma esporádica apenas no século XIII¹⁸⁹, poderia ser estabelecido entre o devedor e seus credores e obedecia ao princípio majoritário, por maiorias especiais que variavam conforme os estatutos das diferentes cidades, podendo prever desde simples dilações de prazos até remissão de créditos, antes ou durante a falência; porém, pelo princípio da igualdade, todos os credores deveriam ter proporcionalmente a mesma sorte. Por regra, havia a intervenção da autoridade pública, que se dava para a conclusão e homologação do acordo¹⁹⁰.

O *concordato preventivo*, que servia para evitar a falência e ainda as consequências penais¹⁹¹, também tem origem estatutária, podendo ser amigável ou por maioria¹⁹², hipótese em que deveria ser requerido em juízo, fazendo-se perceber, desta maneira, a presença cada vez mais marcante do Estado, interpondo-se na aplicação da lei.

¹⁸⁶ Conforme aponta a doutrina, “facilitava-se ao fallido o uso da concordata. E, quanto ao seu estado jurídico, enquanto se não reabilitasse, perante os seus credores, ficava o devedor excluído *ab omnibus et singulis beneficiis*”, ou seja, deveria ficar excluído de todo e qualquer benefício (cf. DINIZ, Almachio. **Da fallencia** – Theoria dos factos e prática dos princípios à luz da Lei 5.746, de 9 de dezembro de 1929, e da última jurisprudência dos juizes e tribunais da República, cit., 2ª ed., p.29).

¹⁸⁷ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.198.

¹⁸⁸ Cf. FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., p.57; ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., p.200; SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**, cit., 5ª ed., p.30.

¹⁸⁹ Cf. SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**, cit., 5ª ed., p.30.

¹⁹⁰ Cf. ROCCO, Alfredo. **Fallimento Teoria Generale ed Origine Storica**, cit., pp.198-199.

¹⁹¹ Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. cit., vol. I., 3ª ed., p. 63; FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., 1955, p. 57.

¹⁹² Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 63.

2.4 O Direito Concursal português e do Brasil colonial

Fatos históricos ocorridos no final da Antiguidade e durante a Idade Média influenciaram decisivamente a formação do Direito português como um sistema derivado do Direito Romano¹⁹³. Essa influência marcante na Península Ibérica se deu pela dominação romana ocorrida a partir do século III a.C.¹⁹⁴ e perdurou mesmo após a invasão dos visigodos, na segunda metade do século V, e da invasão dos árabes, no começo do século VIII (711); contudo, esses povos também deixaram suas sementes na cultura e no Direito lusitano que viria a lume nos séculos seguintes.

O Direito Romano, consoante aponta Marcelo Caetano, fora “deformado pela inevitável adaptação das suas normas às condições especiais de cada província e até de cada cidade”¹⁹⁵ e, mesmo após a invasão dos visigodos, o velho Direito continuaria a reger a vida dos povos de origem latina, sendo-lhes dedicado o Breviário de Alarico, uma compilação de normas com fundamento tipicamente romano¹⁹⁶, aprovada no ano de 506, destinada a disciplinar os Direitos Público e Privado¹⁹⁷. Durante o posterior domínio mouro, também havia o respeito ao sistema da personalidade do direito, pelo qual o cristão poderia optar por solucionar seus conflitos no seu tribunal ou em um tribunal muçulmano¹⁹⁸.

Dessa maneira, embora tivessem os invasores bárbaros e mouros os seus próprios institutos, permeados por preceitos morais e religiosos, não significaram os domínios na Península Ibérica a extinção da cultura romana, foram antes fatores acrescentados na formação do Direito português, que estenderam suas influências até mesmo

¹⁹³ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª ed., p.40.

¹⁹⁴ Consoante esclarecem José Rogério Cruz Tucci e Luiz Carlos Azevedo, os romanos penetraram na Península Ibérica no ano de 218 a. C., em vista da II Guerra Púnica, mas a dominação total da da região somente se deu em 138 a.C., devido à forte resistência encontrada. Mais tarde, com a vitória de Augusto sobre os povos cantarábicos astures, em 19 a.C., “inicia-se o longo período de romanização da península” (**Lições de História do Processo Civil Lusitano**, cit., 1º ed., p.22).

¹⁹⁵ Cf. CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**. 3ª edição. Lisboa: Editorial Verbo, p.86. No dizer do autor, “assim se formou um *Direito Romano vulgar* em cada província, que foi a ponte de passagem entre o Direito próprio de Roma e o Direito nacional das nações neolatinas surgidas séculos depois, exactamente como as línguas neolatinas resultaram, não do latim clássico, mas do latim vulgar ou popular falado pelas populações provincianas” (p.86).

¹⁹⁶ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, p.62.

¹⁹⁷ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.41. A integração entre o povo latino e o visigótico correspondeu a formação de um direito comum, tratado na *Liber Judicum* (ou *fuero Juzgo*).

¹⁹⁸ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, pp.100-101; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, p.44; CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**, cit., 3ª ed., p.86.

depois da fundação do Condado Portucalense, em 1095, e no período de sua consolidação nos séculos XII e XIII.

O Direito do novo Condado e o Direito europeu dessa época receberam ainda a marcante influência exercida pelos estudos desenvolvidos na Universidade de Bolonha, por meio das glosas ao *Corpus Juris Civilis* e aos brocardos, que se propagaram pelo continente, formando “um influxo de reprecinação do Direito Romano”¹⁹⁹, sentido também no Estudo Geral de Lisboa, fundado no século XIII e posteriormente transformado na Universidade de Coimbra²⁰⁰.

A esse período, o costume acabava por ditar a forma de proceder em um processo fortemente marcado pela oralidade e publicidade dos atos, que se realizavam perante os juízes da terra, ainda sem a presença de um oficial público. Para garantir a presença do réu a juízo, o próprio autor procedia a penhora sobre os bens do devedor, que passariam a ser definitivamente seus após determinado período²⁰¹. Até a prisão por dívidas, comum na prática, passou a ser regulada apenas após um regimento da Casa Real, em 1258²⁰².

Até então, havia duas formas de execução: uma que se concentrava contra o patrimônio do devedor, quando este era solvente; e outra, que o reduzia à escravidão por atividade privada do próprio credor²⁰³.

Após o Livro das Leis e Posturas, importante compilação realizada no final do século XIV ou no início do século XV, e ainda num ambiente de forte influência dos Direitos Romano e Canônico, mas, agora sob a égide de um Estado definitivamente constituído, foram editadas as Ordenações Afonsinas, no século XV, com aplicação subsidiária das Glosas de Acúrio e da opinião de Bartolo, que evidenciam a visível influência do direito

¹⁹⁹ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, p.63.

²⁰⁰ O sistema romano se fez presente também em dois compêndios jurídicos dessa época, as *Flores de Las Leyes* e *Las Siete Partidas*, ambas castelhanas, mas vertidas para o português, nas quais se nota novamente o fenômeno da recepção aos textos justinianeus e eclesiásticos, como instrumentos de aplicação do *jus commune* (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª ed., p.46).

²⁰¹ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª ed., p.48. Como esclarece o autor, a realização de atos por um oficial público somente se daria em 1211, pela instituição da figura do porteiro de execução (p.50).

²⁰² Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p 19.

²⁰³ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª ed., p.108.

estatutário das cidades italianas²⁰⁴ e a coexistência do Direito Comum e do Direito próprio de cada Estado²⁰⁵.

O princípio da prioridade do tempo ainda vigia, mesmo que se tratasse de devedor insolvente, apesar de ter-lhe sido dedicada redação mais precisa (livro 3, tit. 97, par. 5 e 6), e o devedor poderia ser preso após ser condenado por sentença definitiva, livrando-se apenas em hipótese de pagamento ou da cessão de bens, esta que abria o concurso geral de credores no caso de insolvência²⁰⁶. Tratando o devedor com excessivo rigor, as Ordenações dispunham sobre a matéria como parte do Direito Criminal²⁰⁷.

As Ordenações Afonsinas regularam ainda as moratórias concedidas pelo Rei, chamadas de “cartas de espaço”, como meio preventivo à insolvência²⁰⁸, estabelecendo seus princípios fundamentais: a razoabilidade do espaço (prazo); o fundamento justo e evidente, alegado pelo devedor, e a garantia de fiança à moratória²⁰⁹.

No século XVI, foram editadas as Ordenações Manoelinas²¹⁰, que, embora seguissem a mesma orientação das ordenações anteriores, não estavam tão ligadas à influência da Igreja, devido à ruptura de relações do governo com a Santa Sé, chegando-se, inclusive, a restringir a aplicação do Direito Romano, consoante as disposições da Lei da Boa Razão²¹¹.

No Direito português anterior e, conseqüentemente, no Brasil colonial, a primeira referência à quebra apareceu nas Ordenações Manoelinas; antes desse período, a

²⁰⁴ Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.45.

²⁰⁵ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, p.64.

²⁰⁶ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1º ed., pp.108-113.

²⁰⁷ Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.35.

²⁰⁸ Cf. DINIZ, Almachio. **Da fallencia** – Theoria dos factos e prática dos princípios à luz da Lei 5.746, de 9 de dezembro de 1929, e da última jurisprudência dos juízes e tribunais da República, cit., 2ª ed., p.30.

²⁰⁹ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**, cit., 1º ed., p.85; FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.21.

²¹⁰ Veja-se que nessa época fora inventada a imprensa, o que diminuiu o problema de divulgação das ordenações pelo reino (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª edição, pp.59 e 61).

²¹¹ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, p.65. Conforme esclarece o autor, restringiu-se a aplicação do Direito Romano às hipóteses em que estivessem em consonância com o Direito nacional, com os princípios do direito natural e as necessidades e circunstâncias do tempo (p.65).

falência não era um instituto contemplado pela lei, somente os processos de execução, ainda que concursais²¹².

Não obstante a evolução experimentada pela execução singular desde as épocas anteriores²¹³ e de haver referência à quebra²¹⁴, não houve inovações quanto ao concurso de credores nas Ordenações Manoelinas, permanecendo os mesmos princípios e sistemática anteriores, inclusive a prioridade do credor que primeiro executava; a prisão do devedor, que caberia após o trânsito em julgado da condenação ou quando o devedor queria fugir, e a possibilidade de cessão de bens aos credores²¹⁵, hipótese em que atuava agora subsidiariamente o princípio da igualdade dos credores, que deveriam ser pagos conforme a qualidade das obrigações, “graduando-se por ela os créditos” no caso de não haver bens suficientes²¹⁶. Possível, ainda, a concessão do espaçamento das dívidas pelo monarca, em período que lhe parecesse razoável, caso presentes os mesmos pressupostos fixados nas anteriores ordenações²¹⁷.

Editadas as Ordenações Filipinas, em que pese o fato da sua longa vigência²¹⁸, no geral, pouco inovaram, tendo sido justificada sua promulgação pela edição de um grande

²¹² Cf. RODRIGUES, Frederico Viana. “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, in **Revista de Direito Mercantil**. N. 138. 2005, p.104.

²¹³ A execução singular, nesse período, já era estatal e somente incidia sobre os bens que fossem necessários ao pagamento do débito, dando-se após o reconhecimento da obrigação por sentença; contudo, ainda era admitida a prisão por dívida. Como observa Dinamarco, o direito das ordenações não conheceu os títulos executivos extrajudiciais, que somente foram instituídos em Portugal em 1874. É desse período a *assinção de dez dias*, uma ação sumária de conhecimento, para dívidas reconhecidas por escritura pública e obrigações determinadas por sentença, desde que fossem líquidas e, caso não o fossem, deveriam ser objeto de liquidação (Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7º edição, p.65). Protegia-se também o credor diligente (princípio *prior tempore potior jure*), cujos direitos precederiam ao de outros que realizassem a execução posteriormente, independentemente do juízo que tivesse proferido a sentença, conforme o Título 97 das Ordenações Afonsinas (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª ed., p.56).

²¹⁴ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.23. A referência consistia na proibição de realização de novas penhoras a partir de um mês da quebra do comerciante, impedindo-se a precedência de novas cosntrições de um credor sobre o outro (p.23).

²¹⁵ Cf. GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. V.II. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p.547.

²¹⁶ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1º ed., p.120.

²¹⁷ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**, cit., 1º ed., p.106.

²¹⁸ Conforme aponta José Rubens de Moraes, tomado o “arco temporal de vigência de todas as Ordenações do Reino, as filipinas são as que no Brasil tiveram maior extensão”, eis que foram promulgadas em 1603 e permaneceram em vigor mesmo após a independência e até algumas de suas disposições ainda vigiam mesmo após a proclamação da república, em 1889, sendo revogadas no âmbito civil apenas em 1917, com a entrada em vigor do Código Civil (Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º ed., p.207).

número de leis posteriormente ao Código Sebastião²¹⁹, inclusive, a Lei de 8 de março de 1597, que, em seu título LXVI, livro V, continha a epígrafe repetida na norma que passou a vigorar: “Dos mercadores que quebram. E dos que se levantam com a fazenda alheia”²²⁰.

Com o fortalecimento das Monarquias, as ordenações reais, influenciadas pelo direito cidadão, normatizaram o instituto da falência²²¹, algo que compunha um contexto maior, o movimento de codificação, ocorrido durante o mercantilismo, que resultou das políticas legislativas dos novos Estados, como a *Ordonnance de Commerce* francesa (1673) e outras legislações, e que influenciaram as leis falimentares de diversos países da Europa, inclusive de Portugal, e da América Latina.

Nesse sentido, foram fixadas as linhas gerais da falência nas Ordenações Filipinas sob a influência do Direito Estatutário²²², que incluía o sequestro dos bens do devedor, a habilitação e julgamento sumário dos créditos, assim como a possibilidade da concordata majoritária²²³. Havia, ainda, a prisão civil por dívida e até mesmo o degredo, em caso de quebra fraudulenta, conforme o valor do passivo. Cabia, contudo, a cessão de bens para libertar o devedor e, para os credores quirografários, em caso de ser insolvente o devedor, a satisfação do crédito subordinava-se ainda à anterioridade da penhora, prioridade que fora revogada apenas pela Carta de Lei expedida por D. José, em 1761²²⁴.

A calamidade pública e os problemas na economia causados pelo terremoto de Lisboa (1755), levaram o Marquês de Pombal a editar o Alvará de 13 de novembro de 1756, para evitar, ampliar ou limitar a disciplina das ordenações Filipinas, relativas à quebra dos mercadores. As inovações referiam-se à possibilidade de receber o devedor os seus bens por depósito, após realizado o inventário; a ampla publicidade sobre a quebra, para

²¹⁹ O Código Sebastião, que entrou em vigor em 1569, consistiu em uma coleção de leis extravagantes editadas após as Ordenações Manoelinas, que revogavam, alteravam ou esclareciam muitos de seus dispositivos ou dispunham sobre matérias novas (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**, cit., 1ª ed., p.62).

²²⁰ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.24.

²²¹ Cf. RODRIGUES, Frederico Viana. “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, cit., **RDM**, 138/104.

²²² Cf. DINIZ, Almachio. **Da falência** – Theoria dos factos e prática dos princípios à luz da Lei 5.746, de 9 de dezembro de 1929, e da última jurisprudência dos juízes e tribunais da República, cit., 2ª ed., p.31.

²²³ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.25.

²²⁴ Cf. BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, p.128. Como esclarece o autor, posteriormente, toda a matéria do concurso de credores foi novamente disciplinada pela Lei de 20 de junho de 1774, que dispôs que os devedores desprovidos de hipoteca ou privilégio deveriam ser graduados pela anterioridade de suas dívidas, se constantes de escrituras públicas ou, do contrário, deveriam ficar sujeitas à rateio (pp.131-133).

requerimentos dos interessados e a realização de conferências com o fim de conhecer as causas da falência.

Se fosse julgada fraudulenta a quebra, seria determinada a prisão dos culpados, seguindo-se o processo penal; do contrário, evidenciada a boa-fé, não haveria prisão, seriam vendidos os bens inventariados e partilhado o dinheiro entre os credores, reservando-se, “caritativamente”, algum valor para o sustento do mercador e da família, bem como possibilitando-se a sua “ressurreição” civil, ao se lhe permitir o exercício do comércio após levada a efeito a partilha de seus bens²²⁵.

O Alvará pombalino, de 1756, consolidou o instituto da falência no Direito português e, consoante observa Waldemar Ferreira, “com maior espírito de humanidade” do que outras ordenações que lhe foram contemporâneas²²⁶ e com o significativo avanço representado pela compreensão de que a quebra do comerciante pode decorrer de fatores que lhe sejam inevitáveis²²⁷.

2.5 Os sistemas concursais do Direito brasileiro anterior

Logo após a independência do Brasil, momento em que o país ainda não tinha legislação própria, continuaram em vigor as leis portuguesas e, no que se refere ao Direito Concursal, regiam a matéria as Ordenações Filipinas e a legislação extravagante, inclusive o Alvará pombalino de 1756²²⁸.

²²⁵ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.26-29.

²²⁶ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.29. Referia-se o doutrinador às Ordenações do Comércio de França, de 1678, e às Ordenações da Universidade e Casa de Contratação da Vila de Bilbao, de 1737.

²²⁷ O avanço do Alvará pombalino foi de notável importância, pois, como aponta Sheila Christina Neder Cerezetti, instaurou “as linhas fundamentais da falência sob um ângulo menos vexatório ao devedor que sofre a impossibilidade de quitar suas dívidas. Aproxima-se da ideia posteriormente desenvolvida segundo a qual a crise empresarial não decorre necessariamente da inaptidão do comerciante, mas pode resultar de alterações imprevistas no mercado”. Some-se a esse aspecto o fato da influência que o alvará exerceu sobre o Código Comercial brasileiro de 1850 (**A recuperação judicial de sociedade por ações**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2012, p.60).

²²⁸ Cf. DINIZ, Almachio. **Da fallencia** – Theoria dos factos e prática dos princípios à luz da Lei 5.746, de 9 de dezembro de 1929, e da última jurisprudência dos juízes e tribunais da República, cit., 2ª ed., p.40.

Em 1850, além do regulamento 737, que traçou a disciplina do processo comercial²²⁹, entrou em vigor o Código Comercial, que passou a regular o Direito Falimentar e outras matérias, seguindo influenciado pelo Alvará pombalino e pelo modelo francês de 1807, complementado em sua parte processual pelo Decreto 738, de 25.11.1850.

Pelo sistema do Código Comercial, a falência caracterizava-se com a cessação de pagamentos e, realizada a instrução do processo de quebra, deveriam se reunir os credores sob a presidência do juiz comissário, eleito pelo Tribunal do Comércio, para deliberar sobre a verificação de créditos e a eventual concessão da concordata. Se não fosse proposta ou não fosse aceita a concordata, formava-se o contrato de união, uma forma de “estado de direito entre os credores”, com a nomeação de administradores que realizariam o ativo e pagariam o passivo²³⁰.

Fora regulada apenas a concordata que em tempos mais recentes chamaríamos de “suspensiva da falência”, para a qual era necessária a aprovação da maioria simples dos credores, cumulada com a representatividade de dois terços dos créditos sujeitos aos seus efeitos (art.847). Era prevista também a moratória, que poderia ser concedida pelo juiz, após ouvidos os credores, quando o insucesso provinha de fatos de força maior, como no caso de acidentes imprevistos, caso o comerciante tivesse fundos suficientes para saldar seus débitos a longo prazo, porém, não excedente a três anos (art. 898)²³¹.

Inadequado às necessidades da prática mercantil brasileira, o sistema do Código foi muito criticado por sua complexidade e lentidão²³², prejudicando “a um tempo, credores e devedores”, além de dar mais importância à apuração de responsabilidades, eis que

²²⁹ Consoante enfatiza a doutrina, o Regulamento 737 foi “um dos mais notáveis monumentos jurídicos nacionais” (BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1ª edição, p.136). Antes dele, porém, o marco legislativo nacional foi o Código do Processo Criminal do Império, de 1832, que continha um único título destinado a administração da justiça civil, com vinte e sete artigos. Mais tarde, dois diplomas legais passariam a reger a matéria processual: o Regulamento 737, de 1850, e o Decreto n.763, de 1890, que, dentre outras alterações, estendeu as disposições do citado regulamento ao processo civil em geral, formando o novo Direito Processual brasileiro (Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Atlas. 2ª edição. 2008, p.43). Posteriormente, já no século XX, vieram os Códigos de Processo estaduais editados em alguns estados, a lei cambial e o Decreto-lei n.960/1938. A reunificação da legislação processual no país veio com o Código de 1939, que, apesar de ter sido editado no período do Estado-Novo, não se constituiu em um modelo de autoritarismo e assimilou a evolução da cultura jurídica vivenciada na Europa até aquele momento (Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7ª edição, pp.71-72).

²³⁰ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.32

²³¹ Cf. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, v.1, 14ª ed., cit., p.10.

²³² Cf. ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p.54.

somente após à instrução e qualificação da falência, com a apuração de eventual culpabilidade, é que se liquidavam os ativos para o pagamento do passivo²³³. A concessão da concordata, condicionada à aprovação da maioria dos credores em número e que representassem ao menos dois terços dos créditos sujeitos aos seus efeitos, mostrava-se excessivamente restritiva²³⁴ e “constituía obstáculo à obtenção desse favor”²³⁵.

A inevitável adoção de um novo modelo de processo veio com base no projeto de Carlos Carvalho, o Decreto 917, de 1890, que derogou toda a parte terceira do Código Comercial e o Regulamento 738, passando a reger o Direito Falimentar sob os aspectos substancial e processual com grande avanço e inspiração na lei suíça²³⁶.

Pelo sistema introduzido, a quebra era decretada com base na impontualidade, que representava o sinal ostensivo de insolvência decorrente do não pagamento de dívida líquida e certa²³⁷. Concentrando muitos poderes, os credores tinham diversas atribuições, como nomear os síndicos dentre os maiores credores, que passariam a administrar os bens do falido, bem como deliberar sobre a verificação dos créditos, a liquidação do ativo, a concessão da concordata, caso proposta, e a nomeação de administrador definitivo, se formada união entre os credores²³⁸.

Como meios preventivos à crise, foram instituídos a moratória, o acordo extrajudicial, a cessão de bens e a concordata preventiva²³⁹. A concordata poderia se dar por abandono ou pagamento aos credores, desde que houvesse a concordância de 3/4 da

²³³ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.33. Refere-se o autor à necessidade de edições de outras leis de emergência, em 1860 1864, para regular a falência de bancos de circulação e de companhias ou sociedades anônimas, evidenciando a insuficiência do sistema falimentar brasileiro naquele momento (pp.33-34).

²³⁴ Tanto que o Decreto 3.065, de 1882, para amenizar o rigor do Código, passou a exigir tão somente a concordância da maioria dos credores e possibilitou a concordata por abandono, que consistia na entrega de parte ou da totalidade dos bens do devedor aos seus credores, para o pagamento do passivo, que somente fora extinto pela norma de 1902 (Cf. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, v.1, 14ª ed., cit., p. 10; FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.34).

²³⁵ Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.35.

²³⁶ Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.36.

²³⁷ Cf. ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**, cit., 5ª ed., p.54.

²³⁸ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.37.

²³⁹ Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.36.

totalidade dos créditos reconhecidos e posterior homologação pelo juízo²⁴⁰. Os acordos e a concordata extrajudicial também eram submetidos ao juiz e deveriam ser homologados.

A má aplicação da lei, porém, deu oportunidade a inúmeros abusos, levando ainda à promulgação da Lei 859, de 16 de agosto de 1902, que promoveu algumas alterações no sistema da época, extinguindo a moratória e a cessão de bens e determinando que a nomeação do Síndico passaria a ser feita pelo juiz, com base em uma lista organizada livremente pelas Juntas Comerciais, o que agravou ainda mais os problemas, trazendo uma série de escândalos e críticas na época²⁴¹.

Tal situação, somada à crise econômica que se abateu sobre o país após a proclamação da República, no final do século XIX, com a desvalorização da moeda, alta de preços, elevação da taxa de juros e redução dos investimentos na produção, conhecida como crise do Encilhamento²⁴², levaram à derrogação do sistema²⁴³.

A Lei 2.024, que passou a vigorar em 1908, resultante de projeto elaborado por J.X. Carvalho de Mendonça²⁴⁴, representou um notável aperfeiçoamento em relação aos sistemas anteriores²⁴⁵. Naquele momento, conforme afirmou o autor do projeto, “a lei de fallencia deixou de ser uma lei de suspeitos”, sem omitir, porém, a rigorosa punição à fraude²⁴⁶.

²⁴⁰ Cf. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, v.1, 14ª ed., cit., p. 11.

²⁴¹ Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.36; FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.39.

²⁴² No início do novo regime, a política econômica desenvolvida por Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, objetivando o desenvolvimento do país e acreditando na expansão do trabalho livre decorrente da libertação dos escravos, adotou medidas econômicas agressivas em um momento em que não havia reservas monetárias para honrar os compromissos imediatos do país, autorizando a emissão de grandes volumes de moedas e dificultando a importação de produtos com o aumento das tarifas alfandegárias, dentre outras providências, apostando que o conjunto das medidas gerariam um aumento da atividade econômica e investimentos no setor produtivo, o que efetivamente não veio a ocorrer, acarretando a chamada crise do Encilhamento (Cf. SALOMÃO, Gilberto Elias. **História**. Vol. 3. São Paulo: Editora Poliedro. 2014, p.166).

²⁴³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. 1ª edição. São Paulo: RT.1970. pp.98; ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**, cit., 5ª ed., p. 54; FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.39.

²⁴⁴ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, cit., vol. VII, 3ª ed., 1939, p.29. Carvalho de Mendonça, ressaltando o acompanhamento do progresso jurídico da lei que idealizou, afirma que a falência foi instituída “não só para a defesa e proteção do crédito, mas ainda para a garantia do próprio devedor, ao qual muitas vezes presta auxílio ou favor”. Mais amplamente, a percepção do jurista permitia-lhe vislumbrar o fato de que a falência produz não somente um dano individual, mas também outro, de natureza social, afetando sobremaneira o crédito público.

²⁴⁵ Nesse sentido: FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.44; COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**, cit., 1ª ed., 1970, p.99.

²⁴⁶ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**, cit., vol.VII, 3ª ed., 1939, p.29. Como poderou o jurista, tal não implica concluir ser prescindível a prática de um

A nova lei apresentava como principais pontos: a impontualidade como caracterizadora da falência; a enumeração das obrigações cujo inadimplemento levaria à quebra, inclusive os chamados atos falimentares; tipificou os crimes falenciais e determinou a designação de um a três síndicos, escolhidos entre os maiores credores²⁴⁷. O novo modelo desenvolvido extinguiu também a concordata extrajudicial, remanescendo tão somente a modalidade judicial, que poderia ser preventiva ou suspensiva da falência²⁴⁸.

Após vinte anos, no cenário da crise desencadeada pela grande depressão que se iniciou com a quebra da bolsa de Nova York e se irradiou para a economia mundial, entrou em vigor o Decreto 5.746, de 09 de dezembro de 1929. Conforme observara o autor do anteprojeto, Waldemar Ferreira, a nova lei falimentar fora promulgada em um momento de grave crise mundial, mas ainda assim não rompeu com a tradição do Direito Falimentar brasileiro, nem desfigurou a lei de J.X. Carvalho de Mendonça, apenas adaptou-a “às necessidades da prática mercantil e forense”²⁴⁹.

Nesse contexto, o Decreto de 1929 reproduziu artigos da lei anterior, com algumas alterações, dentre elas, a redução do número de síndicos e a instituição de porcentagens para a proposta de concordata²⁵⁰, tornando mais difícil a sua concessão, apesar da depressão que estendeu seus efeitos durante toda década de 30, já que as taxas mínimas de pagamento foram elevadas, além de serem exigidas garantias reais ou fidejussórias do concordatário²⁵¹.

Esse sistema foi sucedido pelo Decreto-lei n.7.661/45, que instituiu um modelo bem diverso do anterior, eliminando a figura do liquidatário; instaurando o trâmite paralelo do processo criminal com o de falência e, sobretudo, não mais condicionando a concordata preventiva à vontade dos credores²⁵², fazendo-a depender tão somente de decisão judicial.

fato humano voluntário para a caracterização de um crime. Destacou, porém, que “as restrições, ainda hoje consequenciais da fallencia, não são penas, porém, meios compulsórios de caracter administrativo, tendentes a reprimir fraudes e abusos em prejuízo da execução collectiva” (p.29).

²⁴⁷ Cf. ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**, cit., 5ª ed., p.55.

²⁴⁸ Cf. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, v.1, 14ª ed., cit., p.12.

²⁴⁹ Cf. FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**, cit., v. 14, p.47.

²⁵⁰ Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.37.

²⁵¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**, cit., 1ª ed., 1970, p.99.

²⁵² Cf. LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**, cit., 14ª ed., p.37.

A concordata, tida como um favor legal do Estado, como aponta Adriana Pugliesi, “apesar da etimologia da expressão”, não se formava com base em nenhum acordo e exigia apenas pressupostos formais para a sua concessão, que não possibilitavam a distinção entre empresas viáveis e inviáveis²⁵³, ofertando ainda como único meio de enfretamento das dificuldades a dilação de prazo para pagamentos de créditos quirografários²⁵⁴. Enquanto instrumento processual posto a disposição do devedor diante da crise da empresa, a concordata era ineficiente na forma de eleger as empresas que receberão os esforços de reerguimento, como também nos meios processuais proporcionados para alcançar seus objetivos.

As disposições do decreto baseavam-se na figura do comerciante individual, o que era meritório para a época, porque atendia às necessidades de funcionamento de mercados em uma sociedade de base agropecuária, com baixo nível de industrialização²⁵⁵. Naquele momento, o país ainda se voltava à economia regionalizada, cujo comércio se concentrava em médios centros urbanos e apresentava um incipiente parque industrial, pouco desenvolvido, ressentindo-se, como os demais países, das consequências da 2ª Grande Guerra. Em termos políticos, o Brasil saía do Estado Novo, a denominada era Vargas, com grande abalo às instituições democráticas, sendo evidente o predomínio do executivo, que governava por meio de decretos, como, aliás, fora o caso daquele diploma falimentar²⁵⁶.

Aos poucos, o modelo vigente foi se mostrando “anacrônico” para a realidade econômica que viria, cujas transformações se deram a partir da década de 50 do século passado, com o acelerado processo de industrialização, as inovações tecnológicas e a internacionalização da economia, no cenário preponderante da empresa moderna, em que é

²⁵³ Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. “Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas”, in Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), **Falência, insolvência e recuperação de empresas**. 1º Congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de São Paulo e de Macau, Porto, FDUP. 2016, p.8.

²⁵⁴ Cf. ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p.58; DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2014, p.21.

²⁵⁵ Cf. SZTAJN, Raquel. “Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresa”, in **RDM** 138. São Paulo: Malheiros Editores. 2005, p.54.

²⁵⁶ Cf. ARNOLDI, Paulo R. Colombo. “Análise econômico-jurídica da Lei de falências e de recuperação de empresas de 2005”, in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005, p.136.

necessário discernir entre a figura do empresário e da empresa, esta portadora de função social que deve atender a “múltiplos interesses”²⁵⁷.

Visto o sistema anterior sob um prisma mais amplo, embora contivesse a primeira referência na legislação nacional ao objetivo de preservação da empresa, não poderia ser mais que um instrumento de cobrança direcionado apenas à satisfação do crédito²⁵⁸, consubstanciado num modelo de procedimento voltado à liquidação de ativos para a simples finalidade mal cumprida de solvência do passivo, descurando de aspectos sociais e econômicos de maior alcance.

²⁵⁷ LUCCA, Newton de. “A recuperação judicial à luz da preservação da empresa”, *in* LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudos Luso-brasileiros**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.25.

²⁵⁸ Nesse sentido: ARNOLDI, Paulo R. Colombo. “Análise econômico-jurídica da Lei de falências e de recuperação de empresas de 2005”, *cit.*, *in* **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal**: Homenage al Professor Dr. Ariel Á. Dasso, 1ª ed., pp.136-137.

3. A CONSENSUALIDADE E OS SISTEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO DA EMPRESA EM CRISE

3.1A consensualidade no panorama geral dos métodos de solução de controvérsias 3.2 A recuperação judicial brasileira como uma forma mista de solução de controvérsias 3.2.1 A necessidade de medidas que favoreçam o consensualismo no sistema de tratamento da crise da empresa no Direito brasileiro 3.3 O tratamento da crise da empresa no Direito estrangeiro 3.3.1 A evolução do Direito norte-americano 3.3.1.1 A *reorganization* e os meios de reerguimento do devedor no Direito norte-americano 3.3.2 Os vastos poderes do Tribunal do Comércio no Direito francês 3.3.3 A proeminência dos interesses dos credores no Direito alemão 3.3.4 A mudança de rumo do Direito português 3.3.5 O consensualismo e os instrumentos voltados à solução da crise da empresa no Direito italiano 3.4 Conclusões da primeira parte

Se a evolução do Direito Concursal mostrou a alteração de seus instrumentos no curso da história, cabe verificar se o consensualismo faz parte dessa trajetória no âmbito do chamado “Direito da Empresa em Crise”, para a conjugação da eficiência econômica com a proteção de importantes valores sociais e humanos.

Agora, com vistas à atualidade, partiremos de uma perspectiva mais ampla, relativa a um dos pontos centrais da temática do acesso à Justiça, o panorama geral dos métodos de solução de controvérsias nos sistemas jurídicos contemporâneos, passando, mais especificamente, aos diferentes modelos de reorganização de empresas em dificuldade no Brasil e em outros países, para constatar se esses métodos e modelos, que em última análise têm em comum o objetivo da composição de litígios em suas diversas espécies, valem-se da consensualidade, apesar de contrastantes as suas características, principalmente, em relação aos poderes reservados ao Judiciário e às partes.

Procura-se destacar, desta maneira, a importância do consensualismo para a solução de litígios no geral e, especificamente para os sistemas modernos de reorganização de empresas, pretende-se demonstrar em qual medida constituem sistemas mistos, que combinam os distantes instrumentos da jurisdição e do consenso, o primeiro tendente a soluções adjudicadas pelo Judiciário e, o segundo, buscando o fator de convergência de vontades entre os diversos interessados na solução da crise da empresa, com vistas a solução de problemas que interessam sob perspectiva individual, coletiva e também social.

3.1 A consensualidade no panorama geral dos métodos de solução de controvérsias

O desenvolvimento do Direito Processual tem contribuído significativamente para a produção de resultados positivos de ampliação do acesso inicial à Justiça, embora a isso nem sempre corresponda a eficiência dos resultados.

A abertura ao Judiciário e diversos outros fatores, de diferentes ordens de complexidade e relevância, como aumento populacional, o crescimento dos mercados e do consumo, causaram significativo aumento de demandas ajuizadas, muitas delas relacionadas às crises econômicas e seus reflexos no setor empresarial e na sociedade, que não são resolvidas na mesma medida em que ingressam nos sistemas judiciais de muitos países, diante dos obstáculos ao crescimento dos órgãos judiciários na proporção dos problemas a serem enfrentados.

Não pode a jurisdição ser vista como única forma de solução de litígios, especialmente, diante da incapacidade do Estado “de gerir eficazmente todos os processos que estão em curso”²⁵⁹, mostrando a crescente incapacidade dos sistemas institucionais dos ordenamentos modernos para solucionar conflitos, algo que se repete em diferentes países, apesar da dependência a um complexo variável de causas de ordem sociológica, ética, política e jurídica²⁶⁰.

Embora seja evidente a relevância das atividades dos tribunais na solução de casos concretos e na formulação de parâmetros de interpretação da lei²⁶¹, situações existem em que o processo judicial pode não ser o melhor meio para solucionar um conflito, devendo-se considerar outros caminhos possíveis. A solução estatal imperativa é a última razão para

²⁵⁹ Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2016, p.133.

²⁶⁰ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 5ª edição. Bolonha: Mulino. 2011, p.103. A análise sociológica e comparativa sobre esses fenômenos, como explicam os autores, “mostra che il processo giurisdizionale non è sempre il método principale per risolvere conflitti e neppure è per definizione il metodo migliore...si trata di un fenômeno che, sai pure in modi diversi e con diversi gradi, investe tutti gli ordinamenti moderni” (p.103).

²⁶¹ A contribuição que trazem os tribunais à solução dos litígios, como pondera Marc Galanter “ne peut être estimée en considérant seulement les cas des litiges que sont finalement résolus par une decision judiciaire. L'intérêt des tribunaux, pour ce qui concerne le règlement des litiges, est qu'ils fournissent substrato (background) de normes et de procédures, une base pour les négociations et pour l'ordonnancement des rapports d'ordre privé, aussi bien que d'ordre administratif” (Cf. GALANTER, Marc. “La justice ne se trouve pas seulement dans les decisions des tribunaux”, in **Acces a la justice et Etat-providence**. 1ª edição. Paris: Economica. 1984, pp.157-158).

por fim a uma controvérsia, porque via de regra não é o método principal ou melhor para resolver conflitos, ainda que envolva múltiplas partes.

Nesse sentido, analisando os vários meios de resolução de controvérsias que podem ser postos à disposição dos envolvidos e procurando abordar o tema sob perspectiva geral²⁶², pode-se classificar esses métodos em adjudicatórios, consensuais ou mistos.

A solução adjudicada decorre da atividade de um terceiro estranho às partes, podendo ser um ente estatal ou não, como nos processos judiciais e na arbitragem, em que se adjudica a solução ao conflito existente com força imperativa²⁶³.

Os meios consensuais, por outro lado, dividem-se em autocompositivos e heterocompositivos, conforme envolvam ou não a presença de terceiros na negociação da solução a ser alcançada. Apesar de não haver estatísticas específicas a respeito, a autocomposição pela negociação direta das partes é o meio mais frequente para a solução de controvérsias²⁶⁴, que pode ocorrer antes ou no decorrer do processo (modalidade endoprocessual), consoante a vontade dos sujeitos envolvidos ou de apenas um deles, a exemplo do que ocorre na renúncia e na submissão (reconhecimento do pedido)²⁶⁵. A heterocomposição envolve necessariamente terceiros, que tanto podem ser absolutamente estranhos aos envolvidos, como o mediador e o conciliador, como ainda integrantes de um fórum apropriado, integrante do complexo social em que se deu o litígio²⁶⁶.

Os sistemas mistos, por sua vez, combinam a solução negociada para a controvérsia, valendo-se da estrutura que seria normalmente destinada ao sistema

²⁶² Consoante Niceto Alcalá-Zamorra y Castillo, a lide em termos amplos pode ser definida como “conflicto jurídicamente transcendente y susceptible de solución”, que pode se dar pelo processo, pela autocomposição ou a autodefesa (Cf. ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. 2ª edição. Cidade do México: UNAM. 1970, pp.12-13).

²⁶³ Cf. SALLES, Carlos Alberto de. “**Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada**”, in FUX, Luiz et al. (org). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. 1ª edição. São Paulo: RT. 2006, p.127.

²⁶⁴ A autocomposição pode ser unilateral ou bilateral; a primeira quando ocorre desistência ou submissão, e a segunda, na hipótese de transação, que se dá por concessões mútuas (Cf. ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**, cit., 2ª ed., p.15,80 e 81).

²⁶⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p. 123. Esclarece o autor que a conciliação extraprocessual pode levar à renúncia, à submissão ou à transação, soluções que podem ser homologadas pelo juiz competente ou referendadas pelo Ministério Público (p.127).

²⁶⁶ Cf. GALANTER, Marc. “La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux”, in **Acces a la justice et Etat-providence**, cit., 1ª ed., p.153.

adjudicado, como é o caso da transação realizada em juízo, que não raramente se concretiza com o auxílio da atividade do órgão judicial no intuito de pacificação do conflito.

Enfocando as várias espécies consensuais, observa-se que a origem de muitos dos institutos de solução alternativa remonta à própria evolução histórica dos sistemas de tradição da *civil law*; não obstante, deve-se ao Direito norte-americano a popularização dos métodos alternativos sob a expressão ADR²⁶⁷, os quais, restritos à acepção técnica, englobam expedientes extrajudiciais ou não judiciais, sobre o que se convencionou chamar “*Alternative Dispute Resolution*”²⁶⁸.

O conjunto desses métodos alternativos formam o chamado “sistema multiportas”, correspondente ao complexo de opções que envolvem diferentes formas de composição de conflitos, desenvolvido apenas nas últimas décadas, já que somente a partir da segunda metade do século XX o movimento de acesso à justiça e outros importantes fatores, como grau de informação e escolaridade da população, colocaram em destaque a importância e a eficiência de métodos de resolução de controvérsias diversos da solução estatal adjudicada, apoiados sobre movimentos sociais ligados à defesa dos direitos civis²⁶⁹.

Com “visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana”, os métodos alternativos se fundam sobre a crítica realista do formalismo e da dogmática jurídica, enfocando o acesso à justiça pela concepção contextual do Direito, baseada nos contornos culturais, econômicos e psicológicos da sociedade e nos objetivos a serem atingidos, em

²⁶⁷ Hoje, nas cortes federais norte-americanas, existe *The Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998, que determina que cada um dos tribunais federais e respectivas cortes tenham pelo menos um programa de ADR e traça regras mínimas para a adoção de métodos alternativos, que podem ser determinados de forma consensual pelos envolvidos, por um funcionário do tribunal, por um perito externo ou pelo próprio magistrado (Cf. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada”, in Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes e Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.), **Negociação, mediação e arbitragem**. São Paulo: Editora Método. 2012, p.60-77).

²⁶⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, in **Revista de Processo**. n. 74. Abril- junho de 1994, pp.82-83.

²⁶⁹ Cf. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada”, cit., in Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes e Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.), **Negociação, mediação e arbitragem**, p.60. Esclarece o autor que na década de 60, nos Estados Unidos, surgiram importantes iniciativas como o *Civil Rights Act Congress* (1964), que deu origem ao *Community Relations Service*, ou da Fundação Ford, que criou o *National Center for Dispute Settlement* e o *Institute of Mediation and Conflict Resolution*, demonstrando o engajamento de entes privados para a consagração do *ADR movement* na experiência norte-americana, que romperam de forma significativa com o “modelo paternalista de relação entre cidadão e Estado”. (p.61).

vista do custo das soluções escolhidas, do tempo dispendido, das dificuldades de negociação e dos possíveis benefícios²⁷⁰.

Pelo sistema multiportas, pressupõe-se que o meio de solução de controvérsia deve ser apropriado ao conflito instaurado²⁷¹ e, sendo várias as espécies de conflitos, é possível que mais de uma forma de solução possa representar o caminho adequado, não obstante, algumas peculiaridades do litígio possam determinar como mais apropriado algum dos métodos.

Cada um dos meios alternativos constitui uma “porta” à disposição do interessado e o Judiciário é apenas uma delas, que não se sobrepõe às demais, apesar das salvaguardas de independência, do treinamento e das garantias formais de independência dos tribunais, eis que a justiça coexistencial e conciliatória pode ser a mais indicada para uma relação complexa e permanente, como as relações comerciais contínuas que se dão também no decorrer da crise da empresa, questões familiares e outras, funcionando como “justiça reparadora”, que preserva relações, evita consequências negativas de uma ruptura definitiva, além de ser mais célere e, via de regra, de menor custo²⁷².

Como já compreendeu a doutrina, tem prevalecido entre nós a cultura da sentença, sendo poucos os magistrados que conseguem índices expressivos de soluções consensuais²⁷³. No entanto, tentativas já foram feitas no Brasil²⁷⁴ e agora mais recentemente com a Lei de Mediação e com o novo CPC, que estabelecem o estímulo à solução consensual,

²⁷⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, cit., in **Revista de Processo** n. 74, pp.82-83.

²⁷¹ Cf. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada”, cit., in Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes e Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.), **Negociação, mediação e arbitragem**, pp.60-72. São vários os métodos alternativos, como a mediação e conciliação, que contam com a participação de um terceiro imparcial para fazer ligação entre as partes, reestabelecer o diálogo e alcançar a solução consensual, ou a arbitragem, que tem natureza adjudicatória, muito comum na esfera comercial, além de outras modalidades (pp.67-72).

²⁷² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, cit., **Revista de Processo** n. 74, pp.89-90.

²⁷³ Cf. WATANABE, Kazuo. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, in: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes (coord.), **Estudos em homenagem á Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ. 2005, p.689.

²⁷⁴ Em nossa história, o objetivo da consensualidade já esteve presente desde a Constituição Imperial de 1824, que determinava que “não se começará processo algum” sem a tentativa de reconciliação, como também no Regulamento 737, de 1850, para as causas comerciais. Os artigos 125, IV, 277 e 331, do CPC de 1973, evidenciavam o objetivo da solução consensual, que foi se destacando à medida que aumentava o contingente de processos no Judiciário, conforme comprovam a implantação dos Juizados de Pequenas Causas, em 1984, e, posteriormente, com a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pela Lei nº 9.099/95. Não foi devidamente aproveitada na prática, porém, a figura do conciliador na função do Juiz de Paz, prevista na CF de 1988 (artigo 98, II).

pelo poder-dever de conciliação do juiz²⁷⁵ e igual obrigação que se estende a advogados, defensores e membros do Ministério Público que intervêm no processo (§ 3º do artigo 3º do novo CPC).

A crise que aflige outros países também atinge o nosso sistema judicial, que tem demonstrado as suas imperfeições, como formalismo exacerbado, a complicação procedimental, a burocratização, as dificuldades de acesso à Justiça, problemas que conhecemos e fazem ressurgir o interesse nas vias alternativas de solução de controvérsias, tanto para evitar como para diminuir o longo caminho de um processo²⁷⁶.

A tendência à consensualidade e à adoção de métodos alternativos, porém, se encontram bem mais desenvolvidas em outros países, como a Inglaterra²⁷⁷ e os Estados Unidos²⁷⁸, que têm alcançado resultados expressivos para a solução de litígios por meios diversos do sistema adjudicado, e até mesmo em países da América Latina, nos quais a mediação prévia obrigatória já foi adotada há anos, como a Argentina e o Peru, resultando em significativa redução do número de processos em andamento, como também na Europa,

²⁷⁵ Cf. artigo 139, inciso V, do CPC.

²⁷⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pelegrini. “Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC”, in **O novo Código de Processo Civil**. Questões controvertidas. São Paulo: Atlas. 2015, p.2.

²⁷⁷ Na Inglaterra, tratou-se de uma verdadeira mudança cultural, antes arraigada no modelo adversarial, empreendida no intento de modificar litigiosidade presente nos tribunais, conforme se pode ver agora de toda a estrutura das CPRs, não apenas relativa à disciplina do *case management*, mas também com a introdução do *overriding objective* e o dever de colaboração das partes para que se possa alcançar esse objetivo. Veja-se que antes das reformas, todo o procedimento desenvolvia-se como preparação para o *trial*, agora tendem a evitá-lo ou, mais propriamente, induzir as partes a uma solução consensual (Cf. ANDREWS, Neil, “Relações entre a Corte e as partes na era do case management” in **Revista de Processo**. N.217. 2013, p.18).

²⁷⁸ Além da mediação, da conciliação e da arbitragem, largamente utilizadas na experiência norte-americana, outros métodos levam à composição dos litígios como a avaliação por um terceiro neutro (*Early Neutral Evaluation – ENE*), o *minitrial*, e até mesmo o chamado juiz de aluguel (*rent a judge*), como soluções que podem ou não ser vinculantes e que também podem ser combinadas, somando-se a uma mediação ou conciliação já instaurada. Fala-se, também, em soluções híbridas, como a med-arb ou a arb-med, que combinam em ordens diferentes a mediação e a arbitragem (Cf. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada”, cit., in Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes e Paulo Eduardo Alves da Silva (coord), **Negociação, mediação e arbitragem**, pp.68-72).

com maior ou menor intervenção do Judiciário²⁷⁹, e onde a mediação para matéria cível e comercial já foi adotada pela maior parte dos Estados membros da União Europeia²⁸⁰.

3.2 A recuperação judicial brasileira como uma forma mista de solução de controvérsias

Se a consualidade parece despontar no cenário geral dos meios alternativos de solução de controvérsias, cumpre averiguar sua importância especificamente no campo do Direito da Empresa em Crise, tomando em consideração que sistemas econômicos eficientes necessitam também de disciplina moderna e aderente à realidade empresarial do país²⁸¹.

Nesse sentido, a legislação brasileira, seguindo a tendência verificada em outros países, reviu os fundamentos do Direito Concursal²⁸² no intuito de atender as demandas econômicas e sociais, despolarizando o esquema devedor-credor, para abarcar um espectro

²⁷⁹ Não houve, na Alemanha, uma evolução em escalada dos meios alternativos de solução de controvérsias; o que se deu a partir dos anos 70 foi uma cultura de transação fortemente incentivada pelo legislador; mas, a satisfação com o sistema judicial, como aponta Rolf Stürner, “leva as partes a não recorrerem ao mercado de mediação privada; eles preferem, manifestamente, ainda, transacionar por meio de uma instrução judicial abrangente e mediante um juiz independente”. Assim, as tentativas tendem para uma mediação judicial interna, por meio de juízes togados, que não tomarão parte de uma futura sentença, no caso de prosseguimento do litígio. Agora, encontra-se regulada pela lei que entrou em vigor em 2012, a lei de mediação (*Mediationsgesetz*), para a resolução de litígios via extrajudicial, que transpõe a diretiva da mediação da UE para a legislação alemã (“Sobre as reformas recentes no direito alemão”, in **Revista de Processo 193**, Março de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.365-366; PRÜTTING, Hans. **Código Procesal Civil Alemán (ZPO)**. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Tradução: Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo. 2006, pp.82-83).

²⁸⁰ Seguindo a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial

²⁸¹ Cf. FARENGA, Luigi. “La riforma del Diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. Ano 46. N.145. Jan.-Mar. 2007, p.10.

²⁸² Dentre esses fundamentos, não obstante as tendências de outros países, manteve a nova lei brasileira a dualidade de disciplinas jurídicas concursais, aplicáveis às sociedades empresárias e empresários, e a insolvência civil para sociedades não-empresárias e pessoas físicas, sendo que muitas destas desenvolvem também atividades empresariais, o que, portanto, leva ao regime diferenciado a ser aplicado a agentes com as mesmas funções sociais (Cf. MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. “Reflexões sobre a limitação do pressuposto subjetivo da Lei de Recuperação e Falências brasileira”, in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudos Luso-brasileiros**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.171). Corroborou Humberto Theodoro Júnior, dizendo que “não há um critério universal no direito comparado para o tema. Leis recentes na Europa, todavia, têm dado preferência ao sistema de um estatuto normativo único”, criando-se medidas particularizadas para uma e outra modalidade de devedor (“Alguns aspectos processuais da nova lei de falências”, cit., in **Revista Forense**, v.385, 2006, p.106).

mais abrangente de interesses²⁸³, sendo sensivelmente influenciada pelo Direito estrangeiro e pelos modelos sugeridos por organismos internacionais, como o *Principle and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems* do Banco Mundial²⁸⁴, e em consonância com os objetivos e meios para o reerguimento de empresas em dificuldades constantes do *Legislative Guide on Insolvency Law* da UNCITRAL²⁸⁵.

Seguindo esses padrões, o processo de recuperação judicial no Brasil foi estruturado de forma a colocar em prática a negociação entre os envolvidos, para atingir seus objetivos. Veja-se que a lei não possibilita a desistência do processo sem a concordância dos credores e impõe a sanção de quebra ao devedor que deixa de apresentar o plano de recuperação no prazo legal. Também à inércia dos credores, a lei impõe consequências: se estes não manifestarem objeções à proposta, deve-se presumir a aceitação sem nem mesmo a necessidade de instalação da assembleia. A ordenação processual é toda voltada à indução das partes à negociação e a condução a uma das duas alternativas possíveis à solução da crise da empresa: a concessão da recuperação judicial ou a falência²⁸⁶.

O legislador trouxe mecanismo típico do direito societário, mais especificamente da sociedade por ações, para a deliberação quanto à proposta apresentada pelo devedor, a assembleia geral, na qual os credores exercem o direito político e processual do voto, unidos pela comunhão de interesses no sentido de minimizar os prejuízos sofridos.

O processo de recuperação traz, assim, duas marcas: a da solução negociada e a da intervenção estatal, sendo que esta deve se voltar, além da proteção a legítimos interesses em questão²⁸⁷, também à garantia de favorecimento ao diálogo e à cooperação, de forma a

²⁸³ Nesse sentido: RODRIGUES, Frederico Viana. “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, cit., **RDM**, 138/105; DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.67.

²⁸⁴ Cf. MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. “Reflexões sobre a limitação do pressuposto subjetivo da Lei de Recuperação e Falências brasileira”, cit., in LUCCHA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudos Luso-brasileiros**, 1ª ed., 2015, p. 96.

²⁸⁵ Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf>, último acesso em 29.03.2017. A disciplina do *Legislative Guide on Insolvency Law* da UNCITRAL sugere os objetivos principais de um sistema de insolvência; as características essenciais de um regime eficaz; o tratamento dado a grupo de empresas em situação de insolvência, e as obrigações atribuíveis aos responsáveis quanto à administração da empresa em dificuldade.

²⁸⁶ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012, p.207.

²⁸⁷ Lembrando sempre que também há tutela jurisdicional na preservação das posições processuais (Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 1ª edição. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014, p.87).

alcançar o equilíbrio necessário para a negociação e a solução mais adequada ao caso concreto²⁸⁸.

É importante ter em conta que a tutela jurisdicional que buscam as partes no processo de recuperação judicial é conferida coletivamente, porque apresenta solução que se aplica aos inúmeros credores do devedor comum, o que, de certa forma, torna mais difícil a composição entre os envolvidos e o atendimento satisfatório a todos os interesses individuais do devedor e dos credores, como também dos interesses difusos, porque pertinentes à sociedade como um todo, como a “manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores”, a “preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47 da LRE)²⁸⁹.

De modo geral, na doutrina processualista vem se fortalecendo a ideia de que “o Estado Democrático de Direito exige a participação dos sujeitos que estão submetidos a decisões a serem tomadas sobre situações que lhes digam respeito”²⁹⁰, ou seja, defende-se a ideia de que os sujeitos processuais devem construir a solução que será aplicada ao caso concreto e também no campo do Direito da Empresa em Crise a solução negociada tem se mostrado como tendência em diversos países e o sistema introduzido pela LRE, apesar da necessidade de alterações de pontos específicos e a complementação de suas lacunas²⁹¹,

²⁸⁸ Como pondera Leonardo Greco, “a cooperação e o diálogo humano que devem constituir o clima dominante no processo, exigem o mútuo reconhecimento das posições de vantagens que cada um dos interlocutores que está em condições mais favoráveis de tutelar, sem rivalidades, nem autoritarismos, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da consequente solução mais adequada possível da causa”. As circunstâncias que podem levar a uma desigualdade concreta no processo, como a inferioridade econômica em virtude da pobreza, devem exigir a intervenção equalizadora do juiz, que tem que desempenhar um vigilante papel assistencial, como ressalta o autor (Cf. GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”, in **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª edição. Outubro/dezembro. 2007, pp.11 e 28).

²⁸⁹ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.223. Como lembra o autor, a conservação do emprego dos trabalhadores não expressa apenas o interesse individual de cada um deles, posto que a questão deve ser vista sob o prisma do mercado em geral (p.224).

²⁹⁰ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, in CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores), **Negócios Processuais**. 1ª edição. Salvador: Juspodium. 2015, p.45.

²⁹¹ Ainda mais se considerarmos, como aponta a doutrina, a crise que abala a economia brasileira no início do século XXI, que “impressiona, pelo seu tamanho, e os próprios números, a elevada taxa de insucesso das recuperações judiciais ajuizadas, sendo importante assinalar que o conjunto de fatores reclama alteração do diploma legal” (Cf. ABRÃO, Carlos Henrique. “A crise da empresa e os meios recuperacionais”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa** 1. São Paulo: Thomson Reuters. 2016, p.2).

alinha-se aos sistemas concursais apoiados na composição entre os envolvidos diretamente na crise da empresa²⁹².

A negociação estruturada no processo de recuperação judicial faz despontar a importância da solução consensual, ainda que obtida por maiorias, lembrando, como reiteradamente tem afirmado a doutrina, que “a experiência mostra que a superação do conflito pelos próprios envolvidos é superior àquela decorrente da solução adjudicada pelo Estado”²⁹³.

3.2.1 A necessidade de medidas que favoreçam o consensualismo no sistema de tratamento da crise da empresa no Direito brasileiro

Uma das questões de maior importância refere-se à baixa taxa de sucesso das recuperações judiciais propostas no Brasil, algo diverso do cenário existente em outros países, como os Estados Unidos, que, considerado o grande número de empresas que se submetem às providências previstas no *Chapter 11*, equivalentes à nossa recuperação judicial, mostra-se distante de nossa realidade em relação aos resultados, o que efetivamente alerta para a necessidade de mudanças²⁹⁴.

Ressalte-se, de início, que, além do grave inconveniente da restrita legitimidade ativa para o pedido de recuperação judicial, há, “por parte da devedora, uma normal resistência ao reconhecimento da crise, e que pode levá-la à falência quando não tomadas as providências no tempo adequado”²⁹⁵, deixando de buscar a solução negociada.

E essa resistência se traduz na diminuição das chances de reerguimento do devedor; quanto mais tempo demora a reorganização, menores são as condições que a favoreceriam. Veja-se que o benefício da manutenção da empresa somente se dá em

²⁹² Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.83.

²⁹³ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.86.

²⁹⁴ Nesse sentido: ELIAS, Luis Vasco e NOGUEIRA, Ana Beatriz Martucci. “O deferimento do processamento da recuperação judicial”, in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.439.

²⁹⁵ Cf. LUCCA, Newton de; DEZEM, Renata Mota Maciel M. “Dez anos de vigência da Lei 11.101/05. Há motivos para comemorar?”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.97.

hipóteses em que sua permanência no mercado ainda seja viável, o que faz concluir que não se pode perseguir a qualquer custo a manutenção da atividade da empresa, sob pena de serem causados enormes prejuízos a todos os envolvidos²⁹⁶.

Mas, o que fazer para que empresas não se tornem inviáveis?

Grande parte da resposta a essa indagação haveria de ser dada por matérias diversas do Direito, não sendo aqui a sede própria para o desenvolvimento de qualquer teoria nesse sentido. Não obstante, parece evidente que políticas públicas que favorecem a tomada de medidas tendentes à recuperação em bom tempo aumentariam as chances de sucesso.

Como enfatiza a doutrina, em nosso país há poucos incentivos para que o empresário busque a proteção da LRE, o que acarreta a consequência de retardamento da iniciativa para a solução da crise por parte dos empresários, até mesmo uma relutância na tomada de medidas mais efetivas para a solução da crise, que se manifesta nos prejuízos reiterados e na destruição dos ativos da empresa²⁹⁷, diferentemente de outros sistemas, que, como veremos, antecipam-se na solução de problemas.

É preciso que se diga, contudo, que há evidentemente uma série de medidas positivas que encontram fundamento na LRE e que têm demonstrado inegáveis avanços²⁹⁸ e

²⁹⁶ Como pondera a doutrina com base na prática, a demora na adoção de medidas para o enfrentamento da crise faz esgotar os recursos disponíveis em caixa; mais ativos são alienados ou atrelados a outras formas de garantias; esgotam-se os recebíveis; diminui a probabilidade de que o pagamento de salários esteja em dia; reduz-se a disponibilidade de numerário para fazer frente a necessária redução de quadro; em suma, há menos a oferecer aos credores no plano a ser proposto (Cf. ELIAS, Luis Vasco e NOGUEIRA, Ana Beatriz Martucci. “O deferimento do processamento da recuperação judicial”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). **Processo Societário II**. 1ª ed., 2015, p.440).

²⁹⁷ Cf. BORGES FILHO, Daltro de Campos. “A eficiência da lei n. 11.101 e os enunciados 44, 45 e 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial”, in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.240.

²⁹⁸ A viabilização do ingresso de novos capitais é fundamental à recuperação da empresa em crise e são poucos os interessados no mercado de *distress* no Brasil. Por outro lado, como tem apontado a doutrina, a segurança jurídica dos posicionamentos adotados na jurisprudência atraiu maior número de interessados em adquirir unidades produtivas isoladas (“UPIs”) de empresas em crise, especialmente em processos de recuperação judicial (Cf. BORGES FILHO, Daltro de Campos. “A eficiência da lei n. 11.101 e os enunciados 44, 45 e 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial”, cit., in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª ed., 2015, p.240). Também é fundamental a suspensão dos processos em que figuram como ré a devedora, no início da recuperação judicial (art. 52 da LRE) e que apresenta semelhança com providências da mesma ordem em outros sistemas, a exemplo do *automatic stay* do Direito norte-americano, que consiste na suspensão automática das demandas em curso em face do devedor, determinada pelo §326 (a) do *Bankruptcy Code*, com a apresentação da *reorganization*.

as mais importantes constituem a adoção do princípio da preservação da empresa²⁹⁹ e a aqui tão apregoada abertura do caminho ao consenso entre os envolvidos, alinhando-se às modernas legislações que versam sobre o Direito da Empresa em Crise.

As disposições processuais devem acompanhar as tendências seguidas pelo direito material e adequar seus institutos fundamentais às necessidades sociais surgidas das novas relações jurídicas, assim como aconteceu em relação aos processos coletivos para a tutela do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público, dos portadores de deficiência, da criança e do adolescente, dos investidores e de outros setores da coletividade, o que representou significativo avanço no tratamento de direitos supraindividuais³⁰⁰.

Nesse rumo, é preciso dizer que a opção do legislador pela solução consensual e todo o mecanismo processual estruturado para a formação do consenso é inovação que deve ser notada, considerando a necessidade constante de adaptação do processo à realidade, e, no caso específico da recuperação judicial, da necessidade substancial de solução da crise econômico-financeira da empresa com a imprescindível colaboração dos agentes econômicos que interagem com o devedor.

Não se olvida que nem sempre a via consensual é o melhor caminho para a solução de conflitos, mormente quando um dos polos do litígio está em condição muito inferior para a negociação³⁰¹, mas é inegável que a consensualidade, em termos jurídicos e sociais, revela diversas características e consequências para a melhor solução de

²⁹⁹ A análise comparativa entre o sistema concursal atual e o anterior demonstra a preocupação do legislador com a manutenção da utilidade econômica e social do conjunto produtivo do devedor, mesmo depois de decretada a quebra, e essa mudança se apoia sobre alterações principiológicas e procedimentais que conferem nova finalidade à falência. Objetiva-se, de forma cogente, sob o prisma da nova lei, “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa” (art.75 da LRE) e, ainda que de forma secundária, atender aos reclamos de celeridade. A lei possibilita, nesse sentido, a continuidade da empresa; antecipa o momento da realização do ativo e estabelece a ordem de prioridade para a sua alienação, conforme o entendimento de que a venda conjunta do estabelecimento favorece a continuidade da atividade sob nova empresa; impossibilita o reconhecimento de sucessão do adquirente do estabelecimento em dívidas da massa (Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo, 2012, pp.236-244). Sobre o tema, de forma ampla: PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2013).

³⁰⁰ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., 6ª ed., 2011, p.68.

³⁰¹ Como adverte Owen Fiss, a disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo por três formas: 1) “a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio...”; 2) uma das partes pode necessitar, de imediato, dos valores pleiteados, o que a induziria a celebração de um acordo; 3) uma das partes pode não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial (Cf. FISS, Owen. **Um novo processo civil**. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. Tradução do livro em inglês: **The Law as It Could Be**. New York University Press, 2003, p.125)

controvérsias e que deveria fazer parte, inclusive, de uma adequada política pública de tratamento dos conflitos de interesses³⁰².

Ainda que se considere o conflito e a disputa como algo próprio das sociedades complexas, há de se convir que a cooperação e o diálogo são pressupostos essenciais da construção e do desenvolvimento da vida social³⁰³, principalmente se apoiados em políticas públicas de prevenção e solução de conflitos por meio do desenvolvimento de mecanismos extrajudiciais³⁰⁴.

E, mesmo vislumbrando no processo de recuperação judicial um sistema misto de solução de controvérsias, que combina os meios adjudicado e consensual, ainda muito se pode caminhar para o desenvolvimento do consensualismo nesse campo, para equacionar judicial e também extrajudicialmente problemas da empresa em crise e alcançar, em tempo razoável, soluções construídas pelos interessados, que melhor se adaptem às necessidades e possibilidades dos inúmeros envolvidos, transformando pouco a pouco a realidade econômica.

No amplo campo da resolução de controvérsias, conforme pondera Yarshell, “interessa aos tribunais fornecer um substrato (*background*) que se traduza em uma base para negociações e para a regulamentação das relações de natureza privada”³⁰⁵. E é justamente o fator de litigiosidade, presente no processo de recuperação judicial, que faz pensar na criação de condições para a realização de transação entre as partes de forma a atingir o intento previsto pelo legislador, de levar a termo solução que seja negociada e não propriamente imposta pelo Estado.

³⁰² Conforme pondera Kazuo Watanabe, a instituição de uma adequada política pública de tratamento dos conflitos de interesses tem por principal objetivo buscar a solução de controvérsias pela participação decisiva das partes, “que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução dos volumes de serviços do Judiciário é uma consequência importante desse resultado social, mas não seu escopo fundamental” (Cf. WATANABE, Kazuo. “**Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado de conflitos de interesse**”, disponível em: <www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecer_kazuo_watanabe.pdf>).

³⁰³ Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e ALVES, Tatiana Machado. “Cooperação no novo Código de processo Civil: desafios concretos para a sua implementação”, in **Revista Eletrônica de Direito Processual, REDP 15**. 15. Janeiro a junho de 2015, p.265.

³⁰⁴ Cf. GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, in **Revista de Processo 164**. Outubro. 2008, p.56.

³⁰⁵ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.274.

Nesse sentido, justificável indagar-se sobre a adoção da mediação também no processo de recuperação judicial³⁰⁶.

Não há, na Lei n.11.101/05, previsão para a mediação nos processos de recuperação, como também não consta norma que determine ou vede a utilização da mediação nos processos de falências ou incidentes a serem instaurados nos procedimentos concursais, o que leva a concluir sobre a possibilidade da adoção de outras formas de composição de litígios diversas do sistema estatal de soluções adjudicadas também no processo de recuperação.

O novo Código de Processo Civil³⁰⁷ e a Lei de Mediação³⁰⁸ apresentam-se como instrumentos que podem harmonicamente conviver com as disposições da LRE, estimulando o fluxo produtivo de informações entre as partes, para a verdadeira isonomia entre os envolvidos e a real participação de todos os sujeitos do processo no objetivo maior de superação da crise da empresa, para que esta, como aponta a doutrina, “não se mostre utópica”³⁰⁹.

E o princípio da adaptabilidade do procedimento, agora também previsto no novo CPC³¹⁰, aplicável supletivamente aos processos previstos na LRE, faz desnecessária

³⁰⁶ Como pondera José Carlos Barbosa Moreira com maior amplitude, existe uma “propensão do nosso tempo – com intensidade variável, segundo o lugar e a matéria – para envolver particulares na atividade de solução de litígios, quer na esfera judicial, quer fora dela. Rotular esse movimento de privatização do processo, ou da Justiça, no entanto, claramente se afigura inapropriado”; não se trata aqui de assumir uma postura do processo como “coisas das partes” ou de atribuir à autonomia da vontade relevância maior do que a ela deve ser dada, pelo contrário, trata-se de difundir a convicção de que a atividade de particulares podem assumir uma maior importância na solução de litígios, sem que se desvalorize o elemento públicístico do processo civil (“Privatização do processo?”, in **Temas de Direito Processual (sétima série)**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2001, p.12).

³⁰⁷ Lei n.13.105/2015.

³⁰⁸ Lei n.13.140/2015.

³⁰⁹ Cf. VASCONCELOS, Ronaldo. “A mediação na recuperação judicial compatibilidade entre as leis nn.11.101/05, 13.015/15 e 13.140/15”, in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.452.

³¹⁰ Se o procedimento rígido, para alguns, apresenta-se como fator de segurança e previsibilidade do sistema, é possível, como aponta Fernando da Fonseca Gajardoni, que seja evitado o arbítrio judicial, “independentemente de as regras procedimentais estarem estabelecidas de forma cogente e pretérita”, bastando que sejam de conhecimento dos litigantes antes de serem implementadas no curso do processo, bem como que seja garantido o contraditório e sejam motivadas as decisões que alteram o curso previsto do procedimento, ganhando a flexibilização em termos de eficiência, para que não se dissipem os fins do processo (“Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC” in **Revista de Informação legislativa**. Brasília. Ano 46. N. 160. Abril-junho. 2011, pp.172-173).

qualquer adaptação legislativa para a aplicação da mediação nos processos de recuperação judicial.

Note-se, a aplicação do princípio da adaptabilidade do procedimento permite o atendimento das peculiaridades da causa no intuito de se obter a melhor solução possível para o caso concreto, em tempo razoável, nos moldes preconizados pela Constituição (art.5º, LXXVIII). Aliás, há uma tendência em outros sistemas tanto para a adoção de mecanismos alternativos de solução de controvérsias como para conferir ao juiz maiores poderes para adaptar o procedimento às especificidades da causa, em detrimento de rígidos procedimentos formais.

Veja-se o exemplo do Direito norte-americano, que concede poderes ao magistrado de suplementar disposições legais, com base nas previsões relativas aos poderes da Corte³¹¹, para tomar providências não expressas no texto da lei no intuito da realização de seus objetivos, consoante a situação concreta. Nesse sentido, pode o juiz designar as chamadas *statutes conferences*, que têm por objetivo acompanhar o desenvolvimento do processo e torna-lo mais rápido, eficaz e econômico³¹².

No Direito brasileiro, a busca por soluções consensuais passou a ser obrigação dos sujeitos processuais, conforme disposto no parágrafo 3º do artigo 3º do novo Código de Processo Civil³¹³, e não há contradição dessa determinação com as disposições da Lei n.11.101/05 e nem com as garantias constitucionais voltadas ao processo³¹⁴.

³¹¹ Cf. 11 U.S.C. §105.

³¹² Cf. COSTA, Daniel Carnio. “O novo método da gestão democrática de processos de insolvência”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, pp.66-71). Relata o autor sobre a chamada “gestão democrática de processos” de falências e recuperações judiciais, inspirada nas *statutes conferences* do direito norte-americano, em que se procede por audiências, reunindo os interessados, o administrador judicial e o órgão do Ministério Público, com base na maior proximidade entre o juiz e o conjunto de provas trazidas a juízo, como também na construção de soluções que melhor se amoldam às peculiaridades do caso concreto (pp.71-81).

³¹³ Que dispõe que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

³¹⁴ A mediação deve-se dar antes mesmo da instalação da assembleia de credores, para que sejam mais facilmente alcançadas as soluções tanto sobre o crédito e sua natureza, como para o consenso sobre meios aptos à reorganização da empresa com a construção de um plano conjunto. Como pondera Ronaldo Vasconcelos, “talvez a figura equidistante do “mediador” possa ser mais adequada, ao menos em tese, do que a criativa e ativa atuação do “conciliador” no processo de recuperação judicial” (“A mediação na recuperação judicial compatibilidade entre as leis nn.11.101/05, 13.015/15 e 13.140/15”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.461.

3.3 O tratamento da crise da empresa no Direito estrangeiro

Há um fenômeno que está recebendo rápida expansão em vista da crescente globalização cultural e econômica e da difusão da tendência dos tribunais de diversos países, consistente na referência a outros ordenamentos, chamado de *circulação do Direito*. Normalmente, esse fenômeno é dirigido ao reconhecimento e à individualização de direitos fundamentais, como também a princípios que transcendem às ordens jurídicas nacionais. Como aponta Michele Taruffo, não se trata de precedentes, porque não há subordinação hierárquica; não obstante, é comum ver uma corte fazer referência aos argumentos utilizados pelas cortes de outros países, com exemplos que conferem eficácia persuasiva pelo conteúdo ou qualidade, o que certamente evidencia a existência de princípios comuns, cuja generalidade pode ser invocada, porque transcende as fronteiras do país de onde provém³¹⁵.

Esses princípios comuns também se evidenciam no chamado Direito da Empresa em Crise, que se desenvolveu a partir da segunda metade do século XX e que levou à reforma da legislação concursal de alguns países, tendo como meta principal a preservação da empresa e dos valores superiores que por ela podem ser concretizados. Nessa linha de ideias, como acentua Jorge Lobo, criaram-se “procedimentos parafalimentares, pré-concursais, pré-falimentares e pós-falimentares, de natureza extrajudicial e judicial, com vistas a reorganizar, sanear e salvar a empresa em dificuldade”, pelo que a “tradicional dicotomia dos procedimentos falimentares – concordata e falência – daria lugar a uma série complexa e sofisticada de mecanismos” que deveriam atuar para reestruturar e recuperar as empresas em estado de insolvência³¹⁶.

Tais constatações justificam o estudo do Direito estrangeiro centrados nesses modelos, que muitas vezes apresentam soluções semelhantes, mas que, guardadas as peculiaridades, em outras situações não podem ser transpostas, porque se justificam para determinado contexto econômico, social, político e até cultural. No campo da superação da crise econômico-financeira do devedor, o estudo de outros ordenamentos demonstra que as soluções variam conforme os principais objetivos visados por cada sistema, que via de regra propendem, como tem enfatizado a doutrina, ou para a proteção dos interesses dos credores

³¹⁵ Cf. TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons. 2013, p.135.

³¹⁶ Cf. LOBO, Jorge. “O futuro da Lei de Recuperação de Empresa”, cit., in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, n.1, 2016, p.2.

ou para a preservação da empresa³¹⁷, servindo a consensualidade em maior ou menor proporção para a solução dos problemas enfrentados.

Nesse sentido, para a tese ora sustentada, é imprescindível indagar: em quais medidas prepondera a consensualidade para a solução da crise da empresa nos principais sistemas concursais estrangeiros?

Certos parâmetros previstos nas diversas legislações concursais resultaram de recomendações provenientes de organismos internacionais, como o Banco Mundial (*Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*), do BIS – Banco de Pagamentos Internacionais (*Insolvency Arrangements na Contract Enforceability*) ou da *United Nations Commission on International Trade Law/UNCITRAL (Legislative Guide on Insolvency Law)*³¹⁸. Além dessas recomendações, alguns países têm sido evidentemente influenciados por outros sistemas proeminentes, como o norte-americano e o alemão, sem, contudo, contar com o mesmo contexto cultural, na esperança de que um modelo de insolvência viável possa incentivar decisivamente a economia de mercado³¹⁹.

Os meios para a solução dos problemas relativos à insolvência em outros países revelam não somente a diversidade dos sistemas, mas também a necessidade de comparar a opção legislativa brasileira, conforme as peculiaridades do sistema instituído pela Lei n.11.101/05, com os demais modelos³²⁰, especialmente para considerar a possibilidade e até a necessidade da convivência entre a consensualidade e a jurisdição, em vista da incidência

³¹⁷ Cf. CERZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações**, cit., 1ª ed., pp.88-91.

³¹⁸ Disponíveis, respectivamente, em: <http://www.worldbank.org/ifa/rosc_icr.html>; <<http://www.bis.org/publ/gtem06.pdf>> e <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf>.

³¹⁹ Como aponta a Nathalie Martin, “many governments with developing economies are aware of the need for more forgiving insolvency systems, and are implementing such systems. In most cases, however, these new proposed systems do not arise from existing cultural conditions. Rather, the laws are transplanted from elsewhere and the cultural views are expected to change with the laws. Many new bankruptcy laws have been transplanted from the United States, which has a very different cultural attitude toward debt forgiveness... As globalization takes place, more and more countries believe that creating a viable bankruptcy system will help fuel a market economy” (“The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation”, in **Boston College International & Comparative Law Review** 28. 2005. pp.2-3. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=iclr>>. Último acesso em 15.11.2017).

³²⁰ A “globalização dos conceitos”, como uma realidade crescente no cenário internacional, leva à valorização do Direito Comparado; entretanto, é preciso ter em mente, como esclarece Cândido Rangel Dinamarco, que “a comparação jurídica só poderá ser útil quando se conhecerem os princípios que estão à base de cada uma das legislações comparadas, consideradas as tendências universais e regionais” e os contextos sociais e econômicos dos países cujos ordenamentos estão em comparação (**Instituições de Direito Processual Civil**, cit., Vol. I., p. 197).

do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, para a tutela dos diversos interesses envolvidos na crise da empresa.

3.3.1 A evolução do Direito norte-americano

Dentre as principais tendências modernas em matéria concursal, destaca-se o ordenamento jurídico dos Estados Unidos, cujas regras, diante das situações de crise econômico-financeira, propendem à manutenção de empresas viáveis³²¹, conforme orientação que teve início com a adoção de mecanismos originados na prática para solucionar a crise das *railroads*, baseados em medidas que, apesar da venda dos ativos, permitiam a continuação dos negócios, como opção mais vantajosa do que a venda fragmentada dos bens do devedor³²².

De forma ampla, os sistemas concursais refletem o contexto histórico dos países em que se desenvolvem e, no Direito norte-americano, essa relação de causa e efeito tornou-se evidente diante das crises econômicas vivenciadas no passado e de algumas características únicas do modo de enfrentá-las, possibilitado pelas condições políticas do país, que acabaram por dar origem a um sistema estruturado de reorganização, baseado no forte desejo de desenvolver uma economia comercial, no uso extensivo do crédito e no intuito de equilibrar os interesses dos credores e do devedor, com atuação destacada dos advogados privados e dos tribunais para alcançar esses objetivos. Tudo isso reflete historicamente uma certa indulgência com o devedor, algo que não se dá por acaso, mas para manter altos os índices de consumo e incentivar a assunção de riscos e o desenvolvimento econômico, mantendo ativos os agentes que integram a economia³²³.

³²¹ Esse sistema, como aponta a doutrina, “procura equilibrar a relação entre credores e devedor. A lei americana procura estimular a recuperação, sob direta supervisão dos credores, que passam a ter uma função relevante na aprovação dos termos de reorganização da empresa” (ARNOLDI, Paulo R. Colombo. “Análise econômico-jurídica da Lei de falências e de recuperação de empresas de 2005”, cit., in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**, 1ª ed., p.141).

³²² Cf. MARTIN, Nathalie. “The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation”, cit., in **Boston College International & Comparative Law Review** 28, (2005), pp. 30-31.

³²³ Idem, pp. 4 e 13. Consoante Nathalie Martin, “Bankruptcy systems are social tools. As such, they are value-laden and must be drafted with care to reflect the particular values of a culture” (p.5).

Em linhas gerais, a história da legislação concursal norte-americana, como aponta David Skeel Jr., pode ser dividida em três eras: a primeira, até a promulgação do ato de 1898, momento em que se deu o nascimento de uma lei de insolvência de longa duração no país, com a união, de um lado, dos fundamentos gerais e da dinâmica política, e, de outro, do aperfeiçoamento da equidade e da administração judicial para a reorganização de empresas de grande porte; a segunda era foi marcada pela Grande Depressão e pela política do *New Deal*, que modificaram o cenário da reorganização em grande escala; e, finalmente, a terceira era, que se deu a partir do *Bankruptcy Code* de 1978, que revitalizou a prática da matéria e modificou a anterior visão sobre a reorganização de grandes corporações³²⁴.

A sucessão de leis de curta duração ainda no século XIX demonstrou que os objetivos da legislação que tratava da insolvência, à época centrados na distribuição equitativa do patrimônio do devedor, na sua rápida reabilitação e na proteção ao crédito, não foram bem sucedidos no início da experiência do país³²⁵.

Nessa fase inicial, após as diversas leis estaduais que disciplinavam a insolvência e que efetivamente não contribuíram para a unidade da estrutura mercantil nacional que deveria se formar com a independência (1776), sobreveio a primeira lei federal em 1800, que vigorou apenas três anos, voltando-se a se aplicar as leis de cada estado. Nova lei sobre o tema somente fora promulgada em 1841 e também vigoraria pelo curto período de três anos, sendo promulgada nova disciplina uniforme para todo o território somente em 1867,

³²⁴ Cf. SKEEL Jr, David A. **Debit's Dominion** – A History of Bankruptcy Law in America. Princeton/Oxford: Princeton University Press. 2001, p. 5. Conforme esclarece o autor: “As the brief cronology suggest, the history of U.S. Bankruptcy law can be divided in to three general eras. The first era culminates in the enactment of the 1898 act, and perfection of the equity the receivership technic for larg-escale reorganizations. The first age of U.S. Bankruptcy law can be seen as the birth of U.S. insolvence law, the age of rudiments and foundations. It is this era, which the general parameters, and the political dynamic, of the bankruptcy law finally coalesced. The Great Depression and New deal ushcred in a second era of U.S. bankruptcy. The bankruptcy reforms of this era would reinforce and expand general bankruptcy practice and completely reshape the landscape of large-scale reorganization. The final era includes the 1978 Bankruptcy Code and the complete revitalization of bankruptcy practice (including a repudiation of the New Deal vision for reorganizing large corporations) that has taken place in its wake”.

³²⁵ Cf. LEVI, Edward Hirsch, MOORE, James Willian. “Bankruptcy and reorganization: A survey of changes”, in **The University of Chicago Law Review**, vol. 5, (1937), p. 30. Disponível em: <<https://catalog.lib.uchicago.edu/vufind/Record/2696382>>. Último acesso em 01.12.2017. Como acentuam os autores, “But where the objectives have not been substancially attained the financial strain of an economic crisis will cause experiments in legislation. Such legislation is often temporary in charater, hastily conceived, and none too successful. Such has been the experience in the United States” (p.30). É importante ressaltar que o texto transcrito foi escrito em 1937, em plena Grande Depressão, ainda sob a égide da lei anterior, o Ato de 1898, que sofrera inúmeras modificações.

que vigoraria apenas até 1878³²⁶. A estabilidade na matéria somente se daria com o *Bankruptcy Act* de 1898, que, apesar de inúmeras vezes modificado, vigorou até 1978.

Apesar de não haver previsão na lei, nesse período inicial, teve início a adoção do mecanismo conhecido como “*equity receivership*”, voltado para enfrentar a crise das estradas de ferro norte-americanas (*railroads*), utilizado na prática pela conjunção das vontades do devedor, credores, acionistas e dos tribunais distritais³²⁷. Com apoio em uma ordem judicial (*injunctive relief*), suspendiam-se as ações individuais e determinava-se a nomeação de um *receiver*, a quem caberia a preservação e a continuação dos negócios, até que se realizasse a venda da empresa em funcionamento, o que se dava geralmente pela compensação dos créditos e débitos em relação aos grupos de credores e de acionistas, que passariam a formar, então, um grupo único, como novo titular dos ativos da empresa³²⁸.

O mais longo período de recessão do século XX, a Grande Depressão, iniciada com a quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929 e que se estenderia durante toda a década de 30, demonstrou a incapacidade da legislação então vigente de tratar os novos problemas da crise do devedor, exigindo a disciplina de remédios de emergência que permitissem a sobrevivência das empresas e a manutenção dos empregos, que passariam a

³²⁶ Como destaca a doutrina, a Lei de 1800, expressamente temporária, aplicava-se apenas a comerciantes e corretores, seguindo o modelo da lei inglesa de 1705, sendo revogada em 1803. Outra lei federal fora promulgada apenas em 1841, trazendo como novidade a colocação do procedimento voluntário à disposição de qualquer devedor e a autorização da quitação das dívidas, ao passo que o procedimento involuntário somente deveria ser aplicado quando o devedor colocava seus bens fora do alcance dos credores. O estresse financeiro produzido com a Guerra Civil levou à promulgação de nova legislação em 1867, que restringiu a opção de procedimentos voluntários e a *discharge* conferida ao devedor. Em sentido diverso, o ato de 1898 concedia a quitação ao devedor mais facilmente, mas foi sucessivas vezes alterado, principalmente em virtude da Grande Depressão, sem que se lhe alterasse a estrutura (Cf. LEVI, Edward Hirsch, MOORE, James Willian. “Bankruptcy and reorganization: A survey of changes”, cit., in **The University of Chicago Law Review**, vol. 5, 1937, pp. 30-40).

³²⁷ Cf. MILLER, Harvey R., WAISMAN, Shay Y. “Is Chapter 11 bankrupt?”, in **Boston College Law Review** 47 (2005), p. 135. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2322&context=bclr>>. Último acesso em 15.11.2017. Como esclarecem os autores, o processo envolvia o “debtor railroad, the significant creditors, and the federal district court working together to effectuate the continuation of the railroad in the public interest. At the same time, the affected parties in interest, through the use of protective committees and receivers appointed by the federal court, negotiated the reorganization and recapitalization of the railroad” (p.135).

³²⁸ A *equity receivership*, consoante esclarece Sheila Christina Neder Cerezetti, veio “em resposta ao sentimento de que a liquidação, tal qual prevista nos diplomas legais, não era capaz de satisfazer os propósitos de manutenção da empresa que poderiam interessar, dentre outros, a acionistas, administradores, credores e ao bem-estar público” (**A recuperação judicial de sociedade por ações**, cit., 1ª ed., p.96).

ser, naquele momento, os principais objetivos do Congresso, alcançáveis apenas com uma abordagem mais abrangente da reorganização das corporações³²⁹.

A primeira dessas leis foi promulgada em 1933, versando sobre as composições entre devedor e credores, permitindo dilações de prazos, quando se tratava de devedores individuais ou fazendeiros, introduzindo ainda um procedimento de reorganização para as companhias de estrada de ferro (*railroads corporations*), que posteriormente, em 1934, foi estendido para as demais corporações. Em 1937, entrou em vigor nova alteração ao *Bankruptcy Act*, que permitiria o reajustamento de dívidas municipais e, em 1938, foi promulgado o *Chandler Act*, que modificou em grandes proporções as disposições da lei de 1898³³⁰.

Pela disciplina do *Chandler Act*, fora prevista a *corporate reorganization*, aplicável à grande sociedade anônima insolvente, que tinha por objetivo a superação da crise com a preservação da empresa, por meio de sua reestruturação econômica e até administrativa, englobando todos os débitos, independentemente de qualquer preferência. A *reorganization* em muito diferia do também possível *arrangement proceeding*, seus objetivos eram bem maiores, porque apoiados no interesse público da economia regional e até nacional³³¹.

O final da Segunda Grande Guerra trouxe boas consequências econômicas, como a diminuição da inflação, possibilitando aos Estados Unidos o aumento de suas exportações

³²⁹ Cf. MILLER, Harvey R., WAISMAN, Shay Y. “Is Chapter 11 bankrupt?”, cit., in **Boston College Law Review** 47 (2005), p. 133. Durante os anos 20, acreditava-se que uma economia em expansão continuaria a crescer indefinidamente, mas, como apontam os autores, “When the world monetary system collapsed and a general panic among bankers and businesses ensued with the onslaught of the Great Depression, the viability of the economy came into question. Popular mistrust and hostility toward the business barons of Wall Street grew exponentially. These pressures first provided the catalyst for the reform and government intervention that ultimately resulted in the New Deal and then shaped the resulting legislation to deal with the economic depression” (p.133).

³³⁰ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1987, pp.8-15. Como esclarece o autor, a utilização do procedimento reorganizatório fora aumentada substancialmente com o *Chandler Act*, deixando para trás a finalidade eminentemente liquidatória, prevendo quatro procedimentos para a reorganização: a *railroad reorganizations*, *corporate reorganizations*, *arrangements* e a *real property arrangements*. Observa o autor que “um dos traços mais distintivos do Chandler Act era o o acolhimento do sistema dos *acts of bankruptcy*. Tais atos, uma vez praticados pelo devedor, nos quatro meses anteriores ao requerimento de falência formulado por credor (es), ensejavam a declaração da quebra. A alternativa restringia-se ao *involuntary petition*, ou seja, aos pedidos formulados por credores, aos quais incumbia o ônus probandi” (p.10).

³³¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**, cit., 1ª ed., 1970, pp.108-109. Tanto que, como menciona o autor, o devedor deveria demonstrar na petição inicial que o *arrangement proceeding*, que era restrito aos débitos quirografários, não era suficiente para enfrentar a crise e porque seria o caso de se aplicar a *corporate reorganization* (p.109).

e os grandes superávits comerciais. A economia cresceu de forma estável a partir do início de 1950, o que se refletiu também sobre o aumento do consumo interno, com o consequente destaque da classe dos consumidores³³².

Com a abertura de novos mercados e o aumento das dimensões da economia, o modelo regido pela lei de 1898, mesmo significativamente alterado pelo *Chandler Act*, não mais se adequaria à complexidade dos novos tempos³³³ e, após debates por mais de duas décadas³³⁴, foi promulgado, em 1978, o *Bankruptcy Code*³³⁵, que compõe o Título 11 do *United States Code* (USC), passando a reger a matéria concursal, complementado pelas regras procedimentais da Suprema Corte, chamadas de *Bankruptcy Rules*, compondo a disciplina obrigatória em todos os estados da federação³³⁶, algo que representou uma reforma notável e significativa do sistema norte-americano³³⁷.

³³² Cf. MARTIN, Nathalie. “The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation”, cit., in **Boston College International & Comparative Law Review**, v 28 (2005), p.14. O crescimento econômico está ligado diretamente ao sistema de crédito e ao consumo, o que permite compreender mais facilmente a concepção que está à base de um processo de reorganização, consistente na constatação de que “*a business enterprise is often Worth more to a creditor alive than dead*”. Tal constatação leva a medidas para que se ganhe tempo, possibilitando a venda da empresa por um bom preço, cujos recursos serão utilizados para o pagamento dos credores (pp.29-31).

³³³ Cf. MILLER, Harvey R., WAISMAN, Shay Y. “Is Chapter 11 bankrupt?”, cit., in **Boston College Law Review** 47 (2005), p. 140. Para se ter uma ideia em números, esclarecem os autores que “In 1938, more than 500 corporations commenced cases under Chapter X. By 1944, that number had dropped to sixty-eight. During the 1950s and 1960s, the number of Chapter X cases each year fluctuated around one hundred. The effect of the rigid requirements of Chapter X encouraged distressed business corporations and their professionals to consider the availability of relief under Chapter XI of the Chandler Act” (p.140).

³³⁴ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**, cit., 1987, p.15.

³³⁵ A última reforma do *Bankruptcy Code*, como esclarece Ligia Paula Pires Pinto Sica, “foi implementada em 2005, após duas tentativas de reforma frustradas”, tendo sido realizada com base no *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (BAPCPA), “também conhecido por *Bankruptcy Judgeship Act* de 2005 e *Involuntary Bankruptcy Improvement Act* de 2005” (**Direito Empresarial atual**, 1ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 149). No dizer da doutrina: “The Abuse Act pertains to both consumer and business bankruptcy and includes provisions intended to reduce systemic risk in the banking system and financial marketplace, as well as a separate chapter addressing transnational insolvencies, both in response to trends in the globalization of business management and operations and in order to provide greater legal certainty for trade and investment” (MILLER, Harvey R., WAISMAN, Shay Y. “Is Chapter 11 bankrupt?”, cit., in **Boston College Law Review** 47 (2005), p. 160).

³³⁶ Como esclarece Adriana Pugliesi, as *Bankruptcy Rules* editadas pela Suprema Corte, e não as *Federal Rules of Civil Procedure*, são as regras procedimentais aplicáveis ao Direito Concursal, sendo divididas em dez partes relacionadas a cada um dos estágios do procedimento (**Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p. 46).

³³⁷ Apesar das críticas da doutrina da época à nova lei, cujos percalços, em sua maioria, refletem a magnitude do problema de se obter um acordo que envolvem muitas pessoas e grupos, a doutrina concluiu satisfatoriamente que: “Even without these improvements, however, the Bankruptcy Reform Act must be considered a remarkable achievement and a significant and laudable reform” (KENNEDY, Frank R. “Foreword: a brief history of the Bankruptcy Reform Act”, in **North Carolina Law Review** 58, n.4. Abril/1980, p.680. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol58/iss4/2/>>. Último acesso em 15.12.2017.

3.3.1.1 A *reorganization* e os meios de reerguimento do devedor no Direito norte-americano

O *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*, que disciplina a reorganização do devedor, funda-se sobre um sistema de negociação estruturada, com ampla participação dos credores, que possibilita o conhecimento integral da situação do devedor, para identificar o melhor caminho a ser seguido dentre as alternativas possíveis, dispondo de mecanismos que permitem a reorganização empresarial, se esta for a melhor opção, como o *automatic stay* e a normal manutenção do devedor frente aos negócios, e, mesmo que essa não seja a opção escolhida e ocorra a liquidação da empresa, o *fresh start* possibilita o rápido retorno do devedor às atividades³³⁸.

Fala-se que a liquidação destina-se à empresa que vale mais em partes do que em funcionamento, enquanto que a reorganização encontra sua utilidade quando a empresa alcança seu maior valor em operação³³⁹. Desta maneira, a *liquidation*, regulada no *Chapter 7*, é aplicada às hipóteses em que o prosseguimento da atividade não é viável; contudo, a pedido do devedor ou de qualquer parte interessada, o juiz pode converter a liquidação em reorganização³⁴⁰, como também, diante das hipóteses previstas na lei³⁴¹, pode ocorrer o contrário, convertendo-se a reorganização no procedimento disciplinado no Capítulo 7.

³³⁸ Cf. WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca. Toronto: Carswell. 2009, pp.693-694.

³³⁹ Consoante a doutrina: “The difference is that Chapter 7 is intended to apply when the firm is worth more in pieces than as a going concern, and Chapter 11 is intended to apply when the firm is worth more as a going concern” (KORDANA, Kevin A., POSNER, Eric A. "A Positive Theory of Chapter 11", in **New York University Law Review** 74 (1999), p.162. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.137897>>. Último acesso em: 15.11.2017).

³⁴⁰ Cf. 11 U.S.C. §706 (a) (b).

³⁴¹ Cf. 11 U.S.C. §1.112 (b) (1) (4). Como observa a doutrina, “the 2005 amendments appear to have attempted to expand those grounds and limit the court’s discretion if those grounds are present, although the drafting leaves some doubt as to the ultimate effect of the new provision, because of an apparent extra “not” in section 1112(b)(2). The court must dismiss a Chapter 11 or may, if in the best interests of creditors and the estate, convert it to Chapter 7, if any of a nonexclusive list of grounds for conversion or dismissal in Section 1112(b)(4) is present: substantial or continuing losses to the estate without a reasonable prospect for rehabilitation, gross mismanagement, failure to maintain insurance, violation of a court order or a requirement imposed by Title 11, inability to effectuate a plan or failure to propose a plan within the time fixed by the court, failure to confirm or effectuate a plan that is filed, revocation of confirmation or default under a confirmed plan, failure to pay taxes or certain specified fees and charges, or, in an individual case, failure to pay any postpetition domestic support obligation” (TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law**. 6ª ed. Philadelphia: American Law Institute. 2009, p.433).

Assim, como uma das opções do Direito Concursal, a *reorganization* constitui medida que pode abranger todo ou parte do passivo do devedor, sendo aplicável a indivíduos ou qualquer espécie de sociedade, com poucas exceções, como instituições financeiras e de seguros, embora os custos façam com que a solução seja normalmente empregada por sociedades empresariais³⁴².

Na maioria dos casos, a *reorganization* é pleiteada pelo próprio devedor, opção que se denomina *voluntary case*; mas, também pode ser requerida por um ou mais credores, atendidos os requisitos atinentes ao valor de seus créditos, pela modalidade que é chamada de *involuntary case*, passível de contestação pelo devedor³⁴³. No *involuntary case*, caso não haja contestação ou não acolhidas suas razões, será determinada a *order for relief*, que impede o início ou a continuação de qualquer medida judicial ou administrativa para a cobrança do devedor ou que tenham por objeto o seu patrimônio³⁴⁴. Na modalidade voluntária, o ajuizamento do pedido leva automaticamente à suspensão das medidas pleiteadas individualmente contra o devedor.

Com a propositura da demanda, forma-se o “*bankruptcy state*”, que engloba todos os bens penhoráveis do devedor até então existentes, que passam a sofrer limitações e supervisão no processo³⁴⁵. Por regra, a administração da empresa continua em mãos do próprio devedor (*debtor in possession*)³⁴⁶ e somente em casos excepcionais será o devedor substituído na administração pelo *Trustee*, cuja designação se realiza para a defesa dos interesses dos credores, dos acionistas e outros que podem recair sobre o patrimônio

³⁴² Dentre as empresas, observa Douglas G. Baird, que “Empirical evidence suggests that the costs of Chapter 11, at least for large firms, are relatively minor” (“Bankruptcy’s Uncosted Axioms”, in **Yale Law Journal** **108** (1998-1999), p.598. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2012&context=journal_articles>. Último acesso em 15.11.2017).

³⁴³ Cf. 11 U.S.C. §303, (d).

³⁴⁴ Trata-se do chamado *automatic stay* (11 USC §362, (a)), que impede a propositura de novas ações em face do devedor ou do prosseguimento das ações já ajuizadas e que também decorre da propositura do procedimento previsto no Chapter 11.

³⁴⁵ Cf. 11 U.S.C §1107.

³⁴⁶ Normalmente, consoante esclarece a doutrina, “the debtor in its capacity as “debtor in possession” remains as the estate’s representative. If so, the debtor in possession has the powers and duties conferred by the various Code provisions on a trustee. §1107(a). The phrase “debtor in possession” means the debtor when no trustee is serving in the Chapter 11 case. §1101(1). When the debtor in possession is a corporation, it acts during the case through its officers and directors or management. The stockholders, as a general proposition, continue to have the same powers and play the same role with respect to the corporation and its governance as they would outside of bankruptcy” (TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law**, cit., 6ª ed., 2009, p. 433).

concurisal³⁴⁷. Havendo suspeita de irregularidades de menor gravidade e não se comprovando a ocorrência de causa de afastamento do devedor, poderá haver apenas a nomeação de um *examiner*, para a fiscalização dos negócios³⁴⁸.

A referida figura do *Trustee*, nomeado em alguns processos, como esclarece Sheila Cerezetti, não se confunde com o *US Trustee*, que atua nos procedimentos concursais de quase todos os Distritos Judiciais, exercendo atividades administrativas nos processos, segregadas das funções jurisdicionais atribuídas aos magistrados³⁴⁹. Dentre outras relevantes funções do *US Trustee*, estão a inspeção da condução dos negócios pelo *debtor in possession*, a convocação e a presidência da assembleia de credores e a constituição obrigatória do comitê de credores³⁵⁰, formado via de regra pelos sete maiores *unsecured creditors*, que, além de participar da negociação do plano de reorganização, passa a exercer funções investigativas e fiscalizatórias, podendo ser constituído mais de um comitê, caso necessário, além de contar com a possibilidade da contratação de profissionais especializados, como advogados, contadores etc³⁵¹.

Diferentemente do nosso sistema, no Direito norte-americano, a assembleia geral de credores não constitui o ponto culminante do processo³⁵²; na assembleia (*meeting of creditors*) não se desenvolve o procedimento de votação do plano proposto, seu principal objetivo é o caráter informativo do devedor, que, inclusive, será ouvido pelo administrador, devendo se realizar entre 21 e 40 dias após ser emitida a ordem para suspensão das

³⁴⁷ Cf. 11 U.S.C §1104, (a) (1) (2) (3). Elenca a lei, para a substituição do devedor na administração, os casos de fraude, desonestidade, incompetência ou negligência grave no gerenciamento do negócio.

³⁴⁸ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa em crise no Direito Francês e Americano**, cit., 1987, p.48.

³⁴⁹ Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder, “O papel dos credores no Bankruptcy Code”, in **RDM 151/152**, 2009, p. 167.

³⁵⁰ Cf. 11 U.S.C. §1102 (a).

³⁵¹ Não obstante as críticas do alto custo do sistema, esclarece a doutrina que a lei procura reduzi-lo pelo meio coletivo de cobrança e um dos principais meios utilizados para esse fim é a representação de interesses pelo comitê de credores. Nesse sentido, destaca Elizabeth Warren que: “The primary collective device in the Bankruptcy Code is the creditors’ committee, an elective group that hires a single counsel and its own team of experts to monitor the progress of the bankruptcy case and to protect the rights of the creditors generally. The creditors’ committee is designed to accomplish effective creditor involvement at the lowest possible costs. Committee expenses are paid from assets of the estate, resulting in a cost spreading that may also enhance the effectiveness of the monitoring and creditor participation” (“Bankruptcy policymaking in an imperfect World”, in **Michigan Law Review 92** (1993-1994), pp.336-387. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/35893/mod_resource... Último acesso em: 15.12.2017).

³⁵² Como observa a doutrina: “In practice, the meeting of creditors in Chapter 11 is of little practical significance; creditors usually conduct their important business through the vehicle of the creditors’ committee appointed under the Code” (TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law**, cit., 6ª ed., 2009, p. 437).

execuções, sob a convocação e presidência do *US Trustee*, para que seja preservada a imparcialidade do juiz³⁵³.

Até o prazo inicial de 120 dias, contados da ordem para suspensão das ações (*order for relief*), o devedor terá exclusividade para o oferecimento do plano de reorganização; caso não seja apresentado nesse período, qualquer parte interessada poderá fazê-lo, como o próprio devedor, o comitê de credores ou de detentores do capital acionário e o *Trustee*³⁵⁴, havendo, portanto, a possibilidade da apresentação e a consequente votação de mais de um plano³⁵⁵. A lei prevê alguma flexibilidade ao processo, outorgando ao tribunal poder para a análise de motivo justificado que pode levar em tese à redução do prazo de exclusividade para a apresentação do plano, na prática pouco provável³⁵⁶, ou a sua ampliação³⁵⁷, normalmente autorizada pelas *bankruptcy courts* em grandes e complexos casos³⁵⁸.

Via de regra, o plano objetiva a reorganização do devedor, exemplificando a lei em rol não taxativo os possíveis meios adequados a essa finalidade³⁵⁹; mas, se o devedor apresentar um plano de liquidação (*liquidation plan*), deverá demonstrar que a medida é mais vantajosa aos credores do que a liquidação regular que se daria pela forma do *Chapter 7*.

³⁵³ Cf. 11 U.S.C §§341 e 343.

³⁵⁴ É importante ressaltar: “This does not mean that the debtor will not be able to contest the plan under the statutes governing the confirmation of plans, but it does mean that the debtor will no longer be in control of the bankruptcy case or its future. Exclusivity is therefore of critical importance to debtors” (WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p.763)

³⁵⁵ Cf. 11 U.S.C §1121, (b), (c).

³⁵⁶ Cf. TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law**, cit., 6ª ed., 2009, p. 457.

³⁵⁷ Cf. 11 U.S.C §1121, (d) (1).

³⁵⁸ Cf. KORDANA, Kevin A., POSNER, Eric A. "A Positive Theory of Chapter 11", cit., in **New York University Law Review** 74 (1999), p.182.

³⁵⁹ Cf. 11 U.S.C §1123, (a) (5). Como esclarece a doutrina: “A plan provide for the issuance of new equity, it may stretch out payments to creditors over time, it may modify interests rates or repayment terms and mature dates, it may create special trusts for creditors, it may encompass agreements with third parties, it may transfer property, and it may provide for virtually anything affecting the debtor-creditor relationship. A plan may provide for the debtor’s reorganization, or it may provide for the debtor’s liquidation or a liquidation of its assets. A plan is really limited only by ingenuity of the attorneys and by creditor consent, so long as it complies with certain core legal requeriments. Those legal requeriments are separate from business terms that a plan may propose, and it is with those business terms where the greatest flexibility exists. This, then, is one of the most powerful aspects of a plan: that it can be highly customized and flexible to meet the realities and necessities if any given case” (WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**, Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, pp.760-761).

Dentre outros requisitos, o plano deve especificar os critérios de divisão dos credores em classes, não havendo uma disciplina rígida no *Bankruptcy Code* nesse sentido, apenas a especificação de que os créditos ou *interests* agrupados na mesma classe devem ser similares³⁶⁰. Além da presença frequente de credores trabalhistas, geralmente formam-se as classes dos credores que ostentam garantias (*secured creditors*), dos credores com privilégios (*unsecured creditors entitled to priority*), das reivindicações fiscais prioritárias (*priority tax claims*), dos credores quirografários (*general unsecured creditors*) e dos acionistas (*equity securit holders*) etc³⁶¹.

Como importante pré-requisito³⁶², antes da votação deve ser aprovada judicialmente a *disclosure statement*³⁶³, que condensa as informações sobre a situação financeira do devedor e sobre o plano apresentado ou quantos forem oferecidos, devendo ser suficientemente adequadas para que as partes possam validamente se manifestar, especialmente em relação aos seus votos³⁶⁴.

Os votos dos credores são colhidos individualmente por cédulas, sendo trazidos posteriormente ao processo, e a aprovação do plano deve se dar em até 180 dias da *order for relief*, podendo o prazo ser prorrogado judicialmente por motivo justificado. Em situação normal, a aprovação ao plano se dá pela aceitação de todas as classes de credores, conforme os quóruns previstos na lei; mas, isso não basta, devem ser atendidos os diversos requisitos dispostos no *Bankruptcy Code*³⁶⁵, para a homologação judicial da aprovação do plano ou mesmo para a superação do veto via “*cram down*”.

³⁶⁰ Cf. 11 U.S.C §1122, (a).

³⁶¹ Cf. WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p. 766. Note-se que “administrative claims, however, are not placed into classes as they must generally be paid in full upon confirmation” (p.766).

³⁶² Cf. WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p. 764.

³⁶³ É importante destacar que “the bankruptcy court plays an important role in monitoring the adequacy of disclosure, particularly in the typical case involving postpetition solicitation of acceptances. A proponent must file a proposed disclosure statement, Bankruptcy Rule 3016(c); the court then considers and rules on its adequacy at an important hearing. §1125(b); Bankruptcy Rule 3017” (TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law**, cit., 6ª ed., 2009, p. 475).

³⁶⁴ Cf. 11 U.S.C §1125, (a) (1). Refere a lei a “*adequate information*”, suficientemente detalhada, praticada de maneira razoável, em vista da natureza e antecedentes do devedor, e do estado de seus livros e registros, e outras análises, que deverão ser consideradas pelo tribunal diante da complexidade do caso, do benefício que possa trazer qualquer informação adicional e dos custos para proporcionar as referidas informações.

³⁶⁵ Cf. 11 U.S.C §1129 (a) e (b).

Veja-se que, após a votação e o decurso do prazo para o oferecimento de objeções, realiza-se a audiência de confirmação, na qual o juiz, antes de homologar a deliberação dos credores, deverá analisar o teor das objeções, caso oferecidas, e o cumprimento de requisitos dispostos na lei ³⁶⁶, dentre eles: se o plano é factível (*feasible*) e atende a condição relativa à solução mais favorável ao credor do que aquela que lhe seria conferida na hipótese de liquidação, o chamado “*best-interest*”, com a análise do que receberia o credor em caso de falência, comparado ao que lhe fora proposto³⁶⁷; se o plano não implica em liquidação da empresa, caso não se trate de *liquidation plan*; se é proposto de boa-fé; se está de acordo com as exigências do *Bankruptcy Code* etc.

Embora seja raro³⁶⁸, confere-se a prerrogativa ao juiz de superar a vontade dos credores, o chamado “*cram down*”, para evitar a “prevalência de interesses individualistas sobre o interesse da sociedade na preservação da empresa”³⁶⁹. Nesse contexto, se houver a aprovação de pelo menos uma das classes, é possível que haja a superação do veto, caso sejam atendidos os requisitos mencionados, bem como não tenha o plano promovido discriminação injustificada entre os credores (*unfair discrimination*), por conferir tratamento

³⁶⁶ Cf. 11 U.S.C §1129 (a) (1) - (16).

³⁶⁷ Fala-se, então, que a solução do *Chapter 7* fornece um piso sobre o valor que o credor pode receber no *Chapter 11*, avaliação que na prática não é tão simples, porque, como aponta a doutrina, “it is possible that a judge can rely sufficiently on market comparisons when valuing individual assets but not when valuing an entire firm, which requires the evaluation of synergies and the projection of demand into the future. But since liquidation can involve the sale of lines of business or even the entire firm as a going concern, one cannot clearly distinguish “liquidation” value and “reorganization” value” (Cf. KORDANA, Kevin A., POSNER, Eric A. “A Positive Theory of Chapter 11”, cit., in *New York University Law Review* 74 (1999), pp. 190 e 193).

³⁶⁸ Cf. MARTIN, Nathalie. “The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation”, cit., in *Boston College International & Comparative Law Review*, v 28 (2005), p.33.

³⁶⁹ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.288. Consoante observa o autor, para se ter ideia da crescente influência do modelo norte-americano no sistema concursal de outros países, “basta examinar o conjunto de princípios e regras havidas como desejáveis pelo Banco Mundial, relacionadas em Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems” (p.288).

diferente a credores em situação equivalente³⁷⁰, e tenha respeitado a prioridade entre os credores prevista no caso de liquidação (*fair and equitable*)³⁷¹.

A regra da *absolute priority*³⁷² implica que o plano não deve prever o pagamento de nenhum credor de classe inferior, se os credores das classes superiores não receberem seus créditos³⁷³. Dessa forma, os titulares de participação societária somente poderão participar do capital da companhia após a satisfação completa dos credores ou se obtiverem a aquiescência dos credores não garantidos³⁷⁴ e, nesse sentido, é possível que os sócios não remanesçam com nenhuma participação societária após a *reorganization*.

Na prática, a utilização do *cram down* nos Estados Unidos é muito pequena³⁷⁵, veja-se que essa solução envolve necessariamente o arbitramento do valor de liquidação e

³⁷⁰ Também deve ser lembrado, como esclarece Richard Maloy, que a *Bankruptcy Court* nunca deixa de ser um tribunal de equidade, aplicando seus princípios onde e sempre que for possível. Consoante o autor: “The reason the plan is so attractive to its proponent and so abhorrent to creditors is not a permissible area of inquiry for the courts to enter. Before such enforcement is permitted, however, the proponent must establish to the courts` satisfaction that justice has been done by protecting all creditors, not just the objectors, from inequitable treatment” (“A primer on cramdown – How and why it works”, in **St. Thomas Law Review** **16**, (2003-2004), p.55. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stlr16&id=&page=>>. Último acesso em 01.12.2017.)

³⁷¹ Cf. WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, pp.775-777).

³⁷² Conforme observa Anthony J. Casey, a reorganização disciplinada no Chapter 11 do Bankruptcy Code fora construída sobre o fundamento da regra de prioridade absoluta, baseado no “*creditors’ bargain model*”, apontando como ideal um sistema que respeite os direitos contratuais anteriormente estabelecidos pelas partes e que maximize o valor dos ativos em caso de falência. Sustenta o autor, entretanto, que ideal seria o modelo de prioridade alternativo, que protegesse as diversas espécies de credores, resultante de negociações realizadas na *reorganization*, como uma posição intermediária, que “defend partial priority, but only when real-world friction justifies deviations from theoretical purity.” The issue for them is when transaction costs require selected deviations from absolute priority. Proposals for Chapter 11 reform are therefore framed as mechanisms to vindicate the rule or as deviations that are justified by some necessary tradeoff” (“The Creditors’ Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11”, in **The University of Chicago Law Review** **78** (2011), n. 3, pp.768-770).

³⁷³ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.288.

³⁷⁴ Cf. MARTIN, Nathalie. “The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation”, cit., in **Boston College International & Comparative Law Review**, v 28 (2005), p.34.

³⁷⁵ Como aponta Renata da Mota Maciel Madeira Dezem, “embora o *bankruptcy judge* tenha poderes conferidos por lei para, por exemplo, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação apresentado, não obstante a vontade dos credores, isso é feito com muita parcimônia, parecendo corrente a ideia de que se devem incentivar a negociação e a decisão tomada pelos credores e devedora, sendo este o corolário de todo o sistema de reorganização disposto na lei norte-americana” (Cf. DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016, p.108).

de reorganização da empresa em crise, o que se mostra efetivamente incerto, além de excessivamente moroso e de elevado custo³⁷⁶.

O Capítulo 11, apesar de apoiado sobre o sistema de *structured bargain*³⁷⁷, aplica-se de forma diferente a um indivíduo, a uma entidade comercial e a pequenas empresas, e as diferenças se apresentam principalmente no tratamento da propriedade do devedor, nos requisitos do plano e na *discharge*³⁷⁸. Tratando-se de pequeno empresário, prevê a lei procedimento mais simplificado e célere, o chamado “*small business Chapter 11*”, em que o devedor poderá negociar antecipadamente com seus credores condições para o oferecimento do plano de reorganização, pelo que se fala em “*Pre-arranged Reorganization*”.

Prevê a lei, ainda, um procedimento reorganizatório disponível exclusivamente para o indivíduo, disciplinado no *Chapter 13*, o “*adjustment of debts of an individual with regular income*”, que permite o pagamento de credores na forma fixada no plano aprovado em juízo .

Outra alternativa, aplicável a pequenas e grandes empresas, são os *prepackageds*, que constituem uma solução para minimizar os problemas comuns do *Chapter 11*, com menor risco de afastamento do devedor da direção dos negócios, custos mais baixos e de procedimento ágil, proporcionando também segurança e beneficiando o devedor com o *stay period* e os *DIP financing*.³⁷⁹

³⁷⁶ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2014, p.146.

³⁷⁷ Como aponta Sheila Christina Neder Cerezetti, “ao estabelecer um sistema de *structured bargain*, o *Chapter 11* estimula a negociação entre devedor e credores com vistas à elaboração de um plano consensual acerca da reestruturação da empresa” (“O papel dos credores no Bankruptcy Code”, cit., in **RDM 151/152**, 2009, p. 168).

³⁷⁸ Cf. TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law**, cit., 6ª ed., 2009, p. 431.

³⁷⁹ Apontam John J. Mc Connel e Henri Servaes que os *prepackageds*, como forma híbrida e muito menos dispendiosa de enfrentar os problemas, combinam as vantagens da reestruturação de dívidas de forma particular com a posterior proteção do *Chapter 11*, mais propriamente da seção 1126, que pode incluir novos créditos à dívida já formada. Afirmam os autores que, “in many cases, the restructuring includes an exchange of old debt securities for a package of new claims that can include debt, equity, or cash. Informal reorganizations take place outside the court system, but typically involve corporate officers, lenders, lawyers, and investment bankers. And though such negotiations are often contentious and protracted, informal workouts are widely held to be less damaging, less expensive and, perhaps, less stressful than reorganizations under Chapter 11” (“The economics of prepackaged Bankruptcy”, in **Journal of Applied Corporate Finance**, v. 4, n.2. (1991), p.93. Disponível em: <<http://faculty.london.edu/hservaes/jacf1991.pdf>>. Último acesso em 16.11.2017.)

Nesse modelo, que pode contemplar uma fase pré-judicial, há a possibilidade de convocação dos credores no intento de buscar soluções para a superação das dificuldades (com a publicidade prevista na §1125 do *Bankruptcy Code*), com ampla negociação e, havendo a concordância de metade dos credores, que representem ao menos dois terços do valor dos créditos, pode ser iniciado o procedimento pelo *Chapter 11*, sem a necessidade de convocação da assembleia de credores, mas que necessariamente deve atender as diretrizes previstas na lei³⁸⁰.

O sistema, no geral, tem como perspectiva principal a preservação da empresa³⁸¹ e, apesar da crítica em relação aos custos financeiros e a consequente propagação em termos concorrenciais³⁸², seus objetivos ultrapassam os limites da individualidade, demonstrando equilíbrio não somente entre a posição dos credores e do devedor no processo³⁸³, mas também em relação aos poderes conferidos ao juiz para a proteção dos inúmeros interesses envolvidos³⁸⁴, garantidos pela análise das situações em que se pode dar a manutenção ou

³⁸⁰ Como observa a doutrina, “It is important to note that prepackaged plan must still comply with the Bankruptcy Code’s requirements for plans, including their content, classification, proper voting, and the various confirmation standards. However, a prepackage plan may avoid the disclosure statement process and the potential that an adversary will be able to derail that process, solicit against the plan, or otherwise try to limit the debtor’s control of the process” (WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p. 762).

³⁸¹ Esclarece Douglas G. Baird, a respeito do reconhecimento dos interesses em questão, que: “The judges understand that the rehabilitation goal must be balanced against other interests, including the need to recognize the rights of creditors. Nevertheless, from their perspective, a rule does not become suspect simply because it injects bias into the system. Giving a debtor additional time to create a plan of reorganization is a good idea if there is a reasonable chance that a confirmable plan can be created. Exactly how the costs are being borne is less important than giving the firm a chance to stay alive” (“Bankruptcy’s Uncosted Axioms”, cit., in **Yale Law Journal 108** (1998-1999), p.584).

³⁸² Há preocupação de que a elevação dos custos e riscos de se investir no mercado norte-americano leve os investidores a direcionar seus capitais para mercados mais eficientes, algo que seria agravado, segundo os críticos, pelo sistema de recuperação do Capítulo 11. Nesse sentido, afirma-se que: “to the extent that chapter 11 raises the costs and risks of investing in America, international investors will direct their capital to more efficient markets. In short, the pressures on the United States to adopt more efficient bankruptcy laws is much greater than in the past. As chapter 11 hampers American competitiveness, policymakers will find it increasingly expensive to indulge the ideological desires of bankruptcy progressives, thus their influence should wane” (ZYWICKI, Todd. “The past, present, and future of bankruptcy law in America”, in **Michigan Law Review 101**, n.6 (2003), p.2036.).

³⁸³ Nesse sentido: PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p.54; CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “O papel dos credores no Bankruptcy Code”, cit., in **Revista de Direito Mercantil 151/152**, 2009, p. 172.

³⁸⁴ Os poderes da *Bankruptcy Court*, regulados na §105 do USC permitem ao tribunal qualquer determinação necessária à realização do processo de insolvência ou impedir abusos no processo. Consoante esclarece a doutrina, “The bankruptcy judge has substantial discretion in ruling on the numerous issues and disputes presented in a typical bankruptcy proceeding. At the same time, the Bankruptcy Code establishes and enforces specific legal rights and obligations in which the equitable bankruptcy proceedings are framed, thereby providing a legal matrix by which one’s legal rights can be ascertained, protected, and prosecuted. This enables parties to anticipate what the results of court intervention might be, in order to encourage parties to work out their own resolution wherever possible” (WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An

afastamento do devedor da condução dos negócios, pela possibilidade de não ser homologado o plano aprovado pelos credores, caso não atendidos os requisitos da lei, e, ainda, nas raras hipóteses em que ocorrem o que a doutrina chama de “*cram down*”, quando o plano de reorganização não conta com a aprovação diante de todas as classes de credores.

Se por um lado são conferidos relevantes poderes ao tribunal para a proteção dos interesses envolvidos, a nota de equilíbrio é garantida pelo sistema de *structured bargain*, em que a consensualidade parece despontar como meio principal de enfrentar as dificuldades, no incentivo às negociações entre devedor e credores.

3.3.2 Os vastos poderes do Tribunal do Comércio no Direito francês

Como boa parte dos sistemas europeus, o Direito Concursal francês passou por profundas mudanças desde as primeiras codificações, partindo de um modelo sob forte influência da herança cultural e jurídica dos modelos estatutários da Baixa Idade Média, agravada pelo absolutismo monárquico, que marcaram o *Code Savary* de 1673 e o posterior *Code du Commerce* de 1807 como leis que associavam a quebra à falta na condução dos negócios e previam severo tratamento destinado aos insolventes³⁸⁵.

O rigorismo foi aos poucos abrandado nas leis promulgadas no século XIX, já sob a ascedência da burguesia liberal, com a edição de medidas mais humanas, inclusive com a supressão da prisão por débitos³⁸⁶, embora ainda buscassem os mesmos objetivos e protegessem os mesmos interesses.

As inúmeras reformas realizadas no século XX ainda restringiam a solução preconizada pela *concordat* aos casos em que houvesse a concordância dos credores, conforme as maiorias previstas na lei, e traziam como alternativa tão somente a liquidação da empresa³⁸⁷. Esse modelo, que perdurou até a Lei de 1955, previa o *règlement judiciaire*,

overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p. 693).

³⁸⁵ Cf. JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**. 5^o edição. Paris: LITEC. 2007, p.6.

³⁸⁶ Idem, p.6.

³⁸⁷ Cf. BRUNET, Andrée. “Propos critiques sur le projet de reforme du droit français de la fallite”, in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Ano 10. N.36. Abril-junho de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.110.

passível de ser concedido ao comerciante que não tivesse agido de má-fé, independentemente da análise de viabilidade da empresa.

A modificação de objetivos veio com a Lei de 1967, que inaugurou o Direito moderno de empresas em dificuldade³⁸⁸, apoiada sobre a necessidade de diferenciar os destinos da empresa e do empresário e de tratamento preventivo da crise³⁸⁹, que se realizava pela “*suspension provisoire des poursuites*”, possibilitando-se a suspensão do cumprimento das obrigações com o objetivo de evitar a inadimplência e o agravamento das dificuldades do devedor. Tratava-se de um novo instrumento, diverso do *reglement judiciaire* e da *failite*³⁹⁰.

Novos caminhos se abriam e nem sempre eram os mesmos para a empresa e para o empresário. Com o “reforço das prerrogativas judiciais”³⁹¹, a escolha entre a solução do *reglement judiciaire* e da *liquidation* não dependia da gravidade das faltas cometidas pelos dirigentes³⁹², porque o objetivo de salvamento da empresa impôs o critério econômico para a escolha dos rumos diante da situação concreta, com base nas chances de reerguimento. A satisfação dos credores não era mais do que o segundo objetivo da lei³⁹³.

Mas, apesar do significativo passo, a preservação da empresa se mostrava um ideal distante da prática e inspirou ainda as reformas instituídas pelas leis de 1984 e 1985³⁹⁴, que disciplinavam o sistema de prevenção de dificuldades³⁹⁵.

Pela lei de 1984, que instituiu o *règlement amiable*, os credores poderiam concluir acordos com devedor mediante o auxílio de um conciliador designado pelo tribunal.

³⁸⁸ Cf. ROUX, M. Xavier de. “**Rapport d’information**” depositada pela *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République* à Assembleia Nacional Francesa, em 31 de janeiro de 2007. p.4. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i3651.pdf>>. Última consulta em 17/11/2017.

³⁸⁹ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A Empresa em Crise no Direito Francês e Americano**, cit., 1987, p.55.

³⁹⁰ Cf. JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 5º ed., 2007, p.8.

³⁹¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**, cit., 1ª ed., 1970, pp.108-115.

³⁹² Cf. BRUNET, Andrée. “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la failite”, cit., in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, cit., 2007, p. 110.

³⁹³ Cf. PEROCHON, Françoise. “La prevención de la crisis em derecho francés”, in **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación (RDCPC)**. Nº. 15. 2011, p. 511.

³⁹⁴ Respectivamente, a Lei 84-148, de 1.3.1984, e a Lei 85-88, de 25.1.1985.

³⁹⁵ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A Empresa em Crise no Direito Francês e Americano**, cit., 1987, p.56-57. Os objetivos centrais da reforma estavam logo dispostos no art.1º. da Lei 85-88: “Il est instiúé une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et l’emploi et l’apurement du passif”.

A lei de 1985 retirou dos credores o poder de decidir sobre o destino da empresa no *redressement judiciaire*³⁹⁶, já que, após um período de observação destinado a apontar as causas da crise, cabia ao tribunal a aprovação de um plano de reestruturação, que poderia implicar a ampliação dos prazos de pagamentos em até dez anos ou a cessão da empresa, repartindo-se o valor apurado para o pagamento dos débitos.

Esses pontos essenciais foram mantidos mesmo após a reforma que veio em 1994, que também não amenizou os resultados insatisfatórios representados pelo grande número de empresas que acabariam em liquidação, mesmo estando sob o regime de *redressement judiciaire*³⁹⁷.

Grandes mudanças viriam apenas com a vigente Lei 2005-845, que consolidou o objetivo de atingir o ideal de sobrevivência da empresa viável³⁹⁸, confirmou a tendência de separação dos destinos da empresa e do empresário³⁹⁹ e ampliou o rol de instrumentos destinados à prevenção da crise, prevendo agora os procedimentos de *conciliation*, *sauvegarde* e *redressement*, além daqueles voltados à liquidação da empresa, consistentes nos procedimentos de *liquidation e liquidation simplifiée*, e outras medidas preventivas, como o procedimento *d'alerte* e a nomeação do *mandataire ad hoc*.

Esse novo sistema, alterado em pontos específicos por disposições editadas em quase todos os anos que se seguiram a 2005, modificou sensivelmente os aspectos de detecção dos problemas relacionados à crise da empresa e a forma amigável de tratamento das dificuldades⁴⁰⁰. A prevenção agora baseia-se na análise da situação econômica e financeira do devedor, para possibilitar o pleno conhecimento dos riscos de ganho ou de perda que resultam das decisões de gestão e manutenção da atividade empresária⁴⁰¹.

³⁹⁶ Cf. JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 5º ed., 2007, p.8.

³⁹⁷ Cf. BRUNET, Andrée. “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la faillite”, cit., in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, cit., 2007, p. 112.

³⁹⁸ Idem, pp.108-109.

³⁹⁹ Como efeito da separação dos destinos da empresa e dos seus dirigentes, deve-se mencionar a possibilidade de afastamento dos gestores da empresa e sua substituição por um administrador judicial, desde o início do período de observação e durante toda a tramitação do procedimento coletivo, bem como a possibilidade de cessão total ou parcial da empresa, nas hipóteses em que concluir o Tribunal ser viável o reerguimento da empresa sob outra direção.

⁴⁰⁰ Cf. PEROCHON, Françoise. “La prevención de la crisis em derecho francés”, cit., in **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación (RDCPC)**, n. 15, 2011, p.511.

⁴⁰¹ Cf. VIDAL, Dominique. **Droit des procédures collectives**. 5º edição. Paris: Gualino Éditeur. 2006, p.33.

O conhecimento da situação de crise chega ao Tribunal do Comércio⁴⁰² pelas contas sociais que devem ser apresentadas anualmente pela maioria das empresas, como também por informação do *commissaire aux comptes* ou por qualquer outra fonte. Pretende-se evitar o endividamento excessivo e constatar antecipadamente os problemas, aparelhando-se o tribunal com poderes investigatório, de injunção e coercitivo, inclusive com a possibilidade de imposição de multas, para compelir o devedor à prestação das informações necessárias⁴⁰³.

Caso haja indicadores de crise, o Tribunal do Comércio instaura de ofício o procedimento *d'alerte*, que, de forma confidencial⁴⁰⁴, objetiva o conhecimento mais aprofundado da situação da empresa individual ou da sociedade comercial e possíveis soluções à crise enfrentada⁴⁰⁵. No início do procedimento, designa-se audiência com os dirigentes da empresa e, se não houver cessação de pagamentos, pode ser nomeado um *mandataire ad hoc*, que deve atuar também sigilosamente⁴⁰⁶, para auxiliar o devedor a resolver problemas relativos às dificuldades enfrentadas.

O procedimento de conciliação, semelhante à “*concordat amiable*”⁴⁰⁷ do direito anterior, pode ser instaurado a pedido do devedor, se não houver estado de cessação de pagamentos por período superior a quarenta e cinco dias⁴⁰⁸, e anteceder os procedimentos de *sauvegarde* e de *redressement*. O procedimento é confidencial⁴⁰⁹ e não há, aqui, contrariedade à liberdade de gestão da empresa, eis que permanece o devedor na direção dos negócios, ou mesmo limitação aos direitos dos credores, pois o procedimento não implica na suspensão das demandas individuais e nem obrigatoriedade de participação dos credores, já

⁴⁰² O Tribunal do Comércio, composto por comerciantes eleitos por seus pares, atua como órgão especializado e tem competência para julgar os “litígios decorrentes de atos do comércio, bem como concernentes às sociedades comerciais, inclusive sua recuperação e sua liquidação”. (Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. “Direito Processual Civil Francês”, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord), **Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo**. 1ª edição. São Paulo: Lex. 2010, p.121).

⁴⁰³ Cf. JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 5º ed., 2007, p.24.

⁴⁰⁴ Cf. ROUX, M. Xavier de. “**Rapport d’information**”, cit., depositada pela *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République à Assembleia Nacional Francesa*, em 31 de janeiro de 2007, p.8.

⁴⁰⁵ Cf. art. L 611-2 do Code de Commerce. A simples designação de um *mandataire ad hoc*, contudo, não leva à suspensão das demandas individuais e nem à instauração de procedimento coletivo, continuando o devedor na direção da empresa.

⁴⁰⁶ Cf. art. L 611-15 do Code de Commerce.

⁴⁰⁷ Cf. JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 5º ed., 2007, p.41.

⁴⁰⁸ Cf. art. L 611-4 do Code de Commerce.

⁴⁰⁹ Cf. PEROCHON, Françoise. “La prevención de la crisis em derecho francés”, cit., in **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación (RDCPC)**, n. 15, 2011, p.513.

que pode ser negociado apenas parte do passivo da empresa, mas sempre com a necessária homologação, pelo tribunal, dos acordos que forem realizados.

Não solucionada a crise e não havendo cessação de pagamentos, o devedor pode pleitear a instauração do procedimento de *sauvegarde*; mas, caso tenham cessado os pagamentos, restarão apenas as opções dos procedimentos de *redressement*, sendo possível a superação da crise, ou a *liquidation*, caso seja inviável o prosseguimento da atividade pela perspectiva do tribunal.

O procedimento de *sauvegarde*⁴¹⁰, semelhante ao *voluntary case* do Direito norte-americano, previsto no *Bankruptcy Code*, não exige a demonstração do estado de insolvência ou mesmo a cessação de pagamentos e objetiva a reorganização empresarial, podendo ser requerido por qualquer empresa ou pessoa que exerça atividade comercial ou artesanal, permitindo a manutenção da empresa e da atividade econômica desempenhada, bem como a apuração do passivo⁴¹¹.

Com a instauração do procedimento de *sauvegarde*, institui-se um período de observação de duração máxima de seis meses, que pode ser prorrogado por mais seis meses⁴¹², fundamental para a preparação do plano a ser proposto aos credores, para a realização do inventário sobre o patrimônio do devedor e a apuração das condições da atividade, implicando, ainda, a suspensão das demandas judiciais movidas em face do devedor, da fluência de juros e da exigibilidade dos pagamentos dos créditos já constituídos, podendo haver, nesse momento, cessão parcial da empresa⁴¹³.

Esse procedimento, introduzido pela reforma de 2005, deu origem a duas outras modalidades de procedimentos muito breves⁴¹⁴, o *sauvegarde financiere accélérée* e o *sauvegarde accélérée*, trazidos por alterações legislativas de 2010 e 2014⁴¹⁵, que também podem ser propostos somente pelo devedor que não se encontre em estado de cessação de pagamentos por mais de 45 dias. Ambas modalidades criadas têm por finalidade vencer o obstáculo posto por alguns credores durante a conciliação para a aprovação de um plano

⁴¹⁰ Cf. art. L 620-1 do Code de Commerce.

⁴¹¹ Cf. NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do Processo Judicial na recuperação de empresa**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p.94.

⁴¹² Cf. art. L 621-3 do Code de Commerce.

⁴¹³ Cf. art. L 626-1 do Code de Commerce.

⁴¹⁴ O *sauvegarde financiere accéléré* deve ser aprovado em dois meses e o *sauvegarde accéléré* deve ser realizado no máximo no prazo de três meses.

⁴¹⁵ Cf. artigos L 628-1 a L 628-8 do Code de Commerce. Esses procedimentos, como esclarece Pérochon, foram inspirados na prática norte-americana dos *prepackaged plans*, que limitam ao máximo a perda de valor da empresa, pela antecipação da resolução dos problemas (Cf. PEROCHON, Françoise. “La prevención de la crisis em derecho francés”, cit., in **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación** (RDCPC), n. 15, 2011, p. 516).

proposto, pois nestes procedimentos impõe-se a vontade da maioria dos credores à minoria dissidente, se houver aprovação de credores cujos créditos representem pelo menos dois terços das dívidas de suas categorias⁴¹⁶.

O insucesso que pode se revelar pela cessação de pagamentos justifica a conversão do procedimento facultativo de *sauvegarde* em *redressement judiciaire* ou em *liquidation*⁴¹⁷, conforme seja possível ou não o reerguimento do devedor.

Tratando-se do *redressement*, o procedimento pode ser antecedido pelo “*prepack cession*”, iniciando as negociações para a transferência da empresa. O artigo L611-7 do *Code de commerce* permite ao mandatário *ad hoc* ou ao conciliador elaborar um projeto de cessão parcial ou total da empresa, comunicando aos credores participantes, e o período de observação, nesse caso, servirá para o entendimento entre os envolvidos, fixando o tribunal o prazo para o depósito das ofertas⁴¹⁸.

A evidente inspiração no Direito norte-americano contribuiu para a instituição do *redressement judiciaire*⁴¹⁹, que, como um procedimento coletivo e obrigatório⁴²⁰ a serviço da empresa⁴²¹, pode ser pleiteado pelo devedor, por qualquer credor e pelo Ministério Público, constatada a cessação de pagamentos por período superior a 45 dias, sendo aplicável a toda empresa ou pessoa que exerça uma atividade comercial ou artesanal, agricultor e pessoas físicas que exerçam atividade profissional independente⁴²².

O plano de reerguimento, tanto no procedimento de *sauvegarde* como no *redressement*, deve ser proposto pelo devedor com o auxílio do administrador, sendo que qualquer credor de um dos comitês instaurados pode também apresentar um plano alternativo

⁴¹⁶ Cf. PEYRAMAURE, Philippe. “Les evolutions récentes du Droit Français des Entreprises en Difficulté”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. N. 1. Julho- setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webrevistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017.

⁴¹⁷ A falência pessoal é instituto diverso da *liquidation*, que persegue dupla finalidade: eliminar o devedor desonesto dos centros de negócios e sancionar o seu comportamento, e emprega-se indistintamente aos devedores pessoas físicas e aos dirigentes da pessoa moral devedora em determinadas hipóteses previstas na lei, com disciplina disposta nos artigos L.653-1 a 653-11 do *Code de Commerce* (Cf. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises en difficulté**. 9ª edição. Paris: LGDJ. 2014, p.910; CORRE, Pierre-Michel Le. **Droit des entreprises en difficulté**. 2ª edição. Paris: Dalloz. 2006, p.490),

⁴¹⁸ Cf. PEYRAMAURE, Philippe. “Les evolutions récentes du Droit Français des Entreprises en Difficulté”, cit., in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, n. 1, 2016.

⁴¹⁹ Cf. BRUNET, Andrée. “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la fallite”, cit., in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, cit., 2007, p. 152.

⁴²⁰ Cf. PEROCHON, Françoise. “La prevención de la crisis em derecho francés”, cit., in **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación (RDCPC)**, n. 15, 2011, p.514.

⁴²¹ Cf. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 9ª ed., 2014, p. 677.

⁴²² Cf.art. L 631-2 do Code de Commerce.

ao devedor e ao administrador, e os planos apresentados podem estabelecer tratamento diferenciado entre os credores, caso as diferenças se justifiquem⁴²³.

Iniciados os procedimentos de *sauvegarde* ou *redressement judiciaire*, as propostas constantes do respectivo plano, sejam do devedor ou de qualquer credor, devem ser comunicadas aos credores de forma individual ou coletiva⁴²⁴ e a aprovação se dará por maioria de dois terços em relação ao montante dos respectivos créditos. Veja-se que o tribunal não pode modificar o plano e deve homologá-lo caso seja verificado que foram preservados os interesses de todos os envolvidos⁴²⁵.

Não havendo acordo, mas sendo possível o reerguimento da empresa, o procedimento é reiniciado e novos planos serão propostos sucessivamente, até que se chegue a um acordo⁴²⁶.

No *redressement*, pode haver cessão global ou parcial da empresa⁴²⁷ e as regras do período de observação são as mesmas do procedimento de *sauvegarde*⁴²⁸. Se constatada a impossibilidade de reerguimento do devedor, será declarada a liquidação da empresa, que objetivará o fim da atividade ou a realização do patrimônio social por meio de cessão total ou parcial dos direitos ou bens da sociedade⁴²⁹, justificada pela acentuada degradação da situação⁴³⁰.

⁴²³ Cf. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 9ª ed., 2014, pp. 597-599.

⁴²⁴ As propostas devem ser comunicadas aos credores de forma coletiva, quando o mandatário convoca os credores para uma reunião, a fim de colher as suas respectivas manifestações sobre o plano apresentado (Cf. arts. L 626-7 e L 626-8 do Code de Commerce). Se a comunicação se der de forma individual, o mandatário recepcionará as manifestações de cada credor habilitado e a ausência de resposta equivale à aceitação.

⁴²⁵ Cf. art. L626-26 do Code de Commerce.

⁴²⁶ Cf. VIDAL, Dominique. **Droit des procédures collectives**, cit., 5º ed., 2006, p.183.

⁴²⁷ Essa medida também é prevista em outros sistemas, como no Direito belga, no qual a transferência forçada de uma sociedade que se encontre em estado virtual de falência é possibilitada se os credores estimam que as condições de realização de seus direitos sejam melhores do que em caso de falência, admitindo-se, ainda, a *reorganisation judiciaire* para a empresa que se encontra em liquidação. Veja-se que, na Bélgica, a liquidação antecede a falência e não impede que seja conduzida à reorganização judiciária e à transferência forçada nessa situação, consoante previsões dos artigos 23 e 59 da *Loi du 31 janvier 2009*. (Cf. AYDOGDU, Roman. “Actualités en matière de liquidation (deficitaire)” in THIRION, Nicolas (coord.) **Reorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire**. Actualités et pratique. V. 120. Liège: Athemis. 2010, pp.54-55).

⁴²⁸ Cf. BRUNET, Andrée. “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la faillite”, cit., in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, cit., 2007, p. 119.

⁴²⁹ Cf. art. L 640-1 do Code de Commerce. A liquidação pode ser decretada inicialmente, mesmo sem o período de observação (art. L640-2 do Code de Commerce), se as condições de reerguimento não estão presentes, ou no decorrer da fase de conciliação ou dos procedimentos coletivos de *sauvegarde* ou *redressement*, como também nos períodos de execução dos planos de reerguimento, a requerimento do administrador, mandatário judicial, controladores, devedor ou do *Parquet*.

⁴³⁰ Cf. SOUWEINE, Carole. **Droit des entreprises en difficulté**. 2a. edição. Grenoble: PUG. 2007, p.68.

Nesse sistema, conforme já nos referimos em outra oportunidade, o tribunal concentra decisivos poderes que escapam ao campo estritamente jurídico e determinam a sorte da empresa, principalmente em comparação com outros sistemas nos quais a recusa do plano de recuperação pelos credores levará à quebra do devedor⁴³¹. Por outras palavras, cabe ao Tribunal dizer se a empresa deve ou não ser liquidada, apesar da necessidade do consenso, representado pela propositura do plano pelo devedor e da sua aprovação pelos credores ou vice-versa. Apesar da proeminência dos poderes conferidos ao Tribunal do Comércio, ainda aqui, portanto, embora mais restritos os poderes das partes, a consensualidade se faz presente para determinar o conteúdo da solução preconizada para o reerguimento da empresa.

3.3.3 A proeminência dos interesses do credor no Direito alemão

Logo após a unificação política e administrativa da Alemanha em 1871, concomitante a outras leis de caráter geral da nova nação, como a ZPO (Código de Processo Civil), o Código de Processo Penal e a Lei de Organização Judiciária, foi promulgada a primeira lei em matéria concursal, a *Konkursordnung* (KO), em 1877, que passou a vigorar a partir de 1879.

A disciplina instituída não se destinava aos credores garantidos e não se falava em preservação da empresa; a solução preconizada era sempre liquidatória da sociedade, mesmo que houvesse a venda total ou parcial do fundo de comércio. Com efeito, a norma concursal regulava a “conciliação imposta” nos artigos 173 e s.s. (*Zwangsvergleich*), restringindo-se a um acordo obrigatório para o deslinde regular do processo de liquidação⁴³².

A fundamental falha da *Konkursordnung*, relativa à solução exclusivamente liquidatória, apesar da qualidade técnica pela qual sempre seria lembrada a lei, somente veio

⁴³¹ Conforme já nos manifestamos em outra oportunidade, também não cabe aos credores a escolha sobre a forma de realização dos ativos ou sobre a cessão da empresa no Direito francês, que deve ser decidida unicamente pelo tribunal, diferentemente do sistema alemão, no qual os credores se encontram em posição que lhes confere maiores poderes para influenciar os rumos para a solução da crise da empresa (Cf. RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. “O papel reservado aos credores pelo sistema concursal francês”, *in Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. N. 2. Out. - dez. São Paulo: Thomson Reuters. 2016. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017).

⁴³² Cf. SCHMIDT, Karsten. “Grupos de acreedores, consentimiento obligatorio, prohibición de obstrucción. Reflexiones comparativas sobre el ‘acuerdo preventivo’ y el ‘plan de insolvencia’”, cit., *in Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso*, 1ª ed., 2005, p.631.

suprida em 1935, quando foi promulgada a *Vergleichsordnung*⁴³³ (Lei de Conciliação entre credores e devedor ou *VerglO*), que, somando-se ao sistema existente, passou a prever a conciliação tendente a evitar o concurso de credores (artigos 2º e s.s. do Regulamento de Conciliações), como uma forma de acordo preventivo⁴³⁴.

A solução conciliatória dependia da demonstração da honestidade do devedor e da possibilidade de pagamento, no mínimo, de 35% dos créditos, e da aprovação pelos credores, conforme as maiorias previstas na lei. Não obstante, os procedimentos coletivos formavam um sistema ineficiente de composição⁴³⁵ e levariam ao insucesso da *VerglO*, eis que: os credores garantidos ainda não participavam do concurso, a eles era garantida a cobrança pela via individual; eram rígidos os requisitos legais e ausentes os mecanismos de reestruturação econômico-financeira do devedor, já que a lei somente previa a dilação de prazos e descontos⁴³⁶.

Antes da reunificação do país, regia a matéria na Alemanha Oriental o *Gesamtvollstreckungsordnung* (Código de Execução Coletiva – Liquidação), de 1990, e a Lei de Conversão da Liquidação em Reorganização (*Gesetz über die Unterbrechung von Gesamtvollstreckungsverfahren*), que entrou em vigor logo depois, ainda no mesmo ano⁴³⁷.

Após a reunificação (1990) e intensa discussão que já perdurava por vinte anos⁴³⁸, em 1994, foi promulgada a *Insolvenzordnung* (*InsO*), que somente entrou em vigor

⁴³³ Cf. PAULUS Christoph G. “The New German Insolvency Code”, in **Texas International Law Journal** **33**, 1998, p.142. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlj33&div=15&id=&pag=>>>. Último acesso em 11.09.2017.

⁴³⁴ Cf. SCHMIDT, Karsten. “Grupos de acreedores, consentimento obligatorio, prohibición de obstrucción. Reflexiones comparativas sobre el ‘acuerdo preventivo’ y el ‘plan de insolvencia’”, cit., in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**, 1ª ed., 2005, p.631.

⁴³⁵ Cf. BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, in **Brooklyn Journal of International Law** **23**, 1997. p.167. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1673&context=bjil>>. Último acesso em 15.11.2017.

⁴³⁶ Cf. COROTTO, Suzana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática**. 1ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2009, p.60.

⁴³⁷ Cf. REMMERT, Andreas. “Introduction to German insolvency law”, in **International Company and Commercial Law Review**. Londres: Sweet & Maxwell. 2002. p.2 Disponível em: <http://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieei/documents/public_papers/german_insolvency.pdf>. Último acesso em 15.11.2017.

⁴³⁸ Cf. PAULUS Christoph G. “The New German Insolvency Code”, cit., in **Texas International Law Journal** **33**, 1998, p.142. Último acesso em 11.09.2017 Como menciona o autor, parte das discussões nos vinte anos que antecederam a lei concentrou-se sobre a inclusão e revisão de ideias estrangeiras, como, para citar apenas alguns, aqueles do Reino Unido, França, Japão e Austria.

a partir do início de 1999, constituindo alteração legislativa de maiores proporções que unificou e modificou sensivelmente o Direito das regiões ocidental e oriental do país.

O sistema instituído difere sensivelmente do francês e do norte-americano por seus objetivos principais, posto que o propósito principal não é preservar a atividade empresarial⁴³⁹, mas satisfazer os direitos dos credores⁴⁴⁰, permitindo-se eventualmente o prosseguimento da empresa, se essa for a melhor forma de solver as dívidas existentes. Inexiste, no sistema, a recuperação extrajudicial para empresas, havendo previsão apenas para as pessoas naturais, os consumidores, como também somente para estes se fala em exoneração das obrigações residuais⁴⁴¹.

Após a crise financeira mundial de 2008, que afetou também a economia dos países da União Europeia, vieram as recomendações do Parlamento Europeu aos países membros a respeito da disciplina de processos de insolvência⁴⁴², que, dentre outros objetivos, almejavam facilitar a recuperação ou o saneamento de empresas em dificuldade. Tais recomendações se refletiram na legislação alemã, que, em 2012, foi sensivelmente modificada pela *Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*, conhecida por ESUG.

Apesar das concepções ao ideal de preservação, o atual sistema de insolvência ainda tem por principal objetivo a satisfação coletiva dos direitos dos credores, o que pode se dar tanto pela liquidação, pela transferência, como pela reabilitação do negócio, mediante plano voltado a uma dessas finalidades⁴⁴³.

⁴³⁹ Cf. BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, cit., in **Brooklyn Journal of International Law** 23, 1997, p.172.

⁴⁴⁰ Conforme prevê o §1º da *Insolvenzordnung (InsO)*.

⁴⁴¹ Cf. §286 da InsO.

⁴⁴² Trata-se da European Parliament Resolution of 15 November 2011 with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2011-484>>. Último acesso em 08 de setembro de 2017.

⁴⁴³ Cf. NGUYEN, Vinh Tuan. **Das Schutzschirmverfahren nach dem ESUG. Die Vor- und Nachteile für Gläubiger**: Eine kritische Analyse (German Edition) (Locais do Kindle 310-314). GRIN Verlag. Edição do Kindle.

Embora com disciplinas próprias, a *InsO* aplica-se às pessoas naturais e jurídicas⁴⁴⁴, como também a alguns patrimônios, excetuadas as pessoas jurídicas de Direito Público, bancos e companhias de seguros, aos quais são dedicadas leis especiais.

Para favorecer a abertura tempestiva do procedimento, antes que a incapacidade de adimplir se manifeste, a declaração de insolvência deve ser requerida pelos próprios componentes do órgão de administração e de controle da empresa, consubstanciando uma obrigação cujo descumprimento é sancionado inclusive penalmente⁴⁴⁵.

Com a ESUG, foi inserido o *Schutzschirmverfahren* (§ 270b), que combina a suspensão dos processos individuais em face do devedor e a auto-administração, por um período máximo de três meses, possibilitando-lhe a elaboração de um plano de insolvência. A empresa deve apresentar-se em perspectiva de liquidez e de reestruturação e, nesse momento, o administrador da empresa é livremente selecionável pelo devedor, podendo ser rejeitado pelo tribunal apenas em razão da sua falta de aptidão⁴⁴⁶.

Deverá ser apresentado ao tribunal parecer elaborado por contador experiente em matéria de insolvência, advogado ou uma pessoa com qualificações semelhantes, atestando que ainda não se trata de insolvência e a reabilitação não é evidentemente inútil (§270b da *InsO*)⁴⁴⁷. Transcorrido o período de proteção (“escudo”), deve haver a apresentação ao regime de insolvência ou haverá sua revogação ao final. Em ambos os casos, o tribunal decidirá sobre a abertura do processo⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Cf. §§1º da *InsO* e seguintes, para pessoas jurídicas e físicas que desenvolvam atividade econômica relevante, e §§ 304 e seguintes, para pessoas físicas que não desenvolvam atividade econômica independente ou relevante.

⁴⁴⁵ Esclarece a doutrina que: “If the management or the managing board of a legal entite arrives at the conclusion that the company either is insolvent or over-indebted (both together is also possibile), the managing body is obligated to file for insolvency with the competente local court within a period of no more than three weeks (refer to §64 (2), GmbHG, §91 (2), AktG, § 99, GenG)” (TROMPERTZ, Markus, KLOSE, Bernd. “Germany Insolvency Statute (insO)”, in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca. Toronto: Carswell. 2009, p. 284).

⁴⁴⁶ Na fase pré-insolvência, a *Insolvenzordnung* distingue entre procedimentos aplicáveis quando a incapacidade de pagar já se instalou, mas a situação da empresa ainda promete uma reestruturação eficaz (§270a da *InsO*) e a que se destina apenas a devedores em situação de potencial insolvência ou superendividamento, mas ainda não insolventes, apesar das dificuldades enfrentadas.

⁴⁴⁷ Cf. SCHUNCK, Simon. **Begründung von Masseverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung** (German Edition). GRIN Verlag. (Locais Kindle 625-629). Edição do Kindle. 2014.

⁴⁴⁸ Consoante a doutrina, agora é possível realocar a auto-administração no processo de abertura, com a introdução do artigo 270 *InsO*. Como resultado, as rédeas da empresa poderão continuar nas mãos do devedor, porque o administrador provisório nomeado terá apenas a função do exame da situação econômica e o monitoramento de apoio da gestão do patrimônio. Estas medidas levariam a um processo completamente novo, para fortalecer o ingresso de capitais e até mesmo mais atraente para a apresentação antecipada do devedor. Apesar disso, o custo do processo somente o torna viável para as grandes empresas, devido a exigências como a necessidade de apresentação de parecer independente sobre a avaliação de potencial

Utilizada ou não essa fase anterior ao processo de insolvência, diante da crise do devedor, o processo concursal inicia-se sempre da mesma forma, vale dizer, trata-se de processo unitário, que, entretanto, apresenta duas fases: uma preliminar, em que se constata a presença dos requisitos de abertura dos procedimentos de insolvência; e outra, a fase final, em que se dá a abertura efetiva do procedimento de insolvência, com as soluções preconizadas na lei.

A insolvência pode ser pleiteada pelo próprio devedor⁴⁴⁹ ou pelos credores, que deverão demonstrar o interesse jurídico para a abertura do processo⁴⁵⁰. Na fase preliminar, após a análise da admissibilidade do pedido, o devedor deverá ser ouvido⁴⁵¹ e o objetivo principal passa a se concentrar na verificação da sua situação econômico-financeira, para constatar os motivos da abertura do procedimento⁴⁵², que se referem à ocorrência de insolvência, quando constatada a impossibilidade de cumprimento das obrigações, geralmente aceita quando o devedor suspendeu os pagamentos; ou quando houver insolvência iminente, demonstrada pela improvável possibilidade de cumprimento das obrigações; ou ainda o superendividamento, aplicado somente para empresas e que se caracteriza pela insolvabilidade, eis que os ativos do devedor não cobrem o passivo existente⁴⁵³.

Nessa fase, nomeia-se um administrador provisório⁴⁵⁴ ou, pretendendo o devedor continuar na administração do negócio e caso não haja motivo para o seu afastamento, será designado um monitor para supervisionar o devedor e conferir eficácia

insolvência ou superendividamento e de nomeação de consultor de reabilitação, para o Conselho Executivo como o Director-geral da reestruturação (Cf. NGUYEN, Vinh Tuan. **Das Schutzschirmverfahren nach dem ESUG. Die Vor- und Nachteile für Gläubiger: Eine kritische Analyse** (German Edition), cit., (Locais do Kindle 819-827). GRIN Verlag. Edição do Kindle).

⁴⁴⁹ Como observa a doutrina, há uma tendência internacional a admitir a abertura do procedimento de insolvência por vontade do devedor antes que subsista um estado de insolvência (Cf. FLESSNER, Axel. “La conservazione delle imprese attraverso il Diritto Fallimentare. Uno sguardo di Diritto comparato”. **Il Diritto Fallimentare e dele società commerciali**. 2009, p. 18. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=AXEL+FLESSNER>. Última consulta em 16/11/2017.).

⁴⁵⁰ Cf. GUGLIELMUCCI, Lino. “La legge tedesca sull’insolvenza (insolvenzordnung): del 5 ottobre 1994”, in **Quaderni di Giurisprudenza Commerciale**. Milão: Giuffrè. 2000. p.5. Como observa o autor, somente há previsão para o requerimento de abertura do procedimento concursal atribuída ao devedor ou aos credores, não podendo ser declarada de ofício, conforme §13, 1º, da *Insolvenzordnung* (*InsO*), o que exalta o objetivo principal da lei concursal, que é o da satisfação dos credores (p.7).

⁴⁵¹ Cf. §14 da *InsO*.

⁴⁵² Cf. §§16 à 18 da *InsO*.

⁴⁵³ Cf. REMMERT, Andreas. “Introduction to German insolvency law”, cit., in **International Company and Commercial Law Review**. Londres: Sweet & Maxwell. 2002, p.2.

⁴⁵⁴ Cf. §22 da *InsO*.

plena as suas decisões, que, entretanto, serão limitadas em termos de atos de disposição. Para garantir a fiscalização da regularidade da administração nesse período, pode o juiz nomear também um comitê provisório de credores diante das situações previstas na lei⁴⁵⁵, que supervisionará o administrador ou devedor, conforme o caso.

A fase preliminar do processo se encerra com a decisão que admite ou não a abertura do processo de insolvência⁴⁵⁶.

Sendo declarada a insolvência e suficientes os ativos do devedor para cobrir os custos do processo⁴⁵⁷, inicia-se a fase final⁴⁵⁸, passando o juízo a designar as datas das assembleias de credores e, concomitantemente, serão recebidas as habilitações de créditos.⁴⁵⁹

A assembleia geral decide sobre a manutenção do comitê de credores provisório, ou sobre a constituição de novo comitê, que indicará a pessoa que exercerá a função de administrador judicial, caso não se decida pela permanência do devedor⁴⁶⁰.

As assembleias são convocadas e presididas pelo juiz e, naquelas que se destinam à verificação e informação⁴⁶¹, que podem ser concomitantes, serão definidos os créditos submetidos ao concurso, se não houver impugnações, e apresentado o relatório do administrador sobre as causas e a perspectiva da situação econômica do devedor⁴⁶², com oportunidade para que o comitê de credores, o conselho da empresa, o próprio devedor e o

⁴⁵⁵ Cf. §22a da *InsO*.

⁴⁵⁶ A lei descreve o que deve conter a decisão de abertura do processo de insolvência (§27 da *InsO*), que será declarada se a massa for suficiente para cobrir o custo do processo.

⁴⁵⁷ Cf. TROMPERTZ, Markus, KLOSE, Bernd. “Germany Insolvency Statute (insO)”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p.323.

⁴⁵⁸ Cf. REMMERT, Andreas. “Introduction to German insolvency law”, cit., in **International Company and Commercial Law Review**. Londres: Sweet & Maxwell. 2002. p. 3. Como esclarece o autor: “If an insolvency reason exists the insolvency proceedings have to be opened if the assets of the debtor cover the costs of the proceedings. The ‘costs of the proceedings’ include only the court fees, the remuneration and expenses of the temporary administrator, of the final administrator and of the members of the creditors’ committee1” (p.3).

⁴⁵⁹ De forma ampla, os credores se classificam em credores com garantia (§§49 a 51 da *InsO*) e credores da insolvência, que podem ser subordinados ou não subordinados (§§38 e 39 I da *InsO*). Dentre os credores da insolvência, encontram-se os créditos trabalhistas que excedam a três meses de salário e o crédito fiscal.

⁴⁶⁰ Consoante esclarece Karsten Shimidt, a auto-administração, idealmente baseada como uma variante alemã do modelo estadunidense ‘*debtor in possession*’, fora pouco utilizada e, na realidade, não se tinha aproveitado suficientemente de uma boa oportunidade legal (“La reforma del Derecho concursal italiano e y el Derecho concursal alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)”, in **Anuario de Derecho Concursal**, n.10. ADCo. 2007-1, p.311). Com as modificações trazidas pela ESUG, a autoadministração deverá ser regra.

⁴⁶¹ Cf. §29 da *InsO*.

⁴⁶² Cf. REMMERT, Andreas. “Introduction to German insolvency law”, cit., in **International Company and Commercial Law Review**. Londres: Sweet & Maxwell. 2002, p. 4.

comitê de porta-voz da equipe executiva comentem o aludido relatório⁴⁶³. Para se determinar o destino do devedor, os credores manifestarão o propósito de liquidar seus ativos, que deverá ser feito seguindo um *Liquidationsplan*; ou conservar a empresa, por meio de um *Sanierungsplan*; ou ainda transferi-la a terceiro (*Übertragungsplan*)⁴⁶⁴.

A liquidação, como opção dos credores, terá cabimento quando não puder ser recuperada a empresa, constituindo a solução mais comum aos procedimentos de insolvência⁴⁶⁵; mas, assim como na Inglaterra e na França, a transferência da empresa a um novo sujeito de direito também é uma solução muito comum⁴⁶⁶, seja por meio da fusão, incorporação ou cisão da devedora⁴⁶⁷, entre outras formas⁴⁶⁸, levando à extinção da sociedade e recebendo os credores o preço que for obtido pela alienação, passando a empresa a ser gerida por outra sociedade mercantil, agora livre de dívidas, eis que, salvo exceções, exclui-se a responsabilidade do adquirente pelas dívidas anteriores⁴⁶⁹.

Caso se delibere pela recuperação da empresa, o que na prática ocorre em um número reduzido de casos⁴⁷⁰, o *Sanierungsplan* a ser apreciado pode ser apresentado pelo

⁴⁶³ Cf. §156 (2) da *InsO*.

⁴⁶⁴ Cf. BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, cit., in **Brooklyn Journal of International Law** 23, 1997, p.167. Consoante o autor, “as well as all conceivable mixes of the solutions may be negotiated within a unitary set of rules. The objective of unitary proceedings is to maximize the value of the state for the benefit of claimants according to their respective priority (the so called absolute priority rule). This is why the proceedings are entirely creditor-driven and why the debtor has no right to impose its will upon the creditor's interest or ‘to play with the Money of the creditors’” (p.167).

⁴⁶⁵ Cf. TROMPERTZ, Markus, KLOSE, Bernd. “Germany Insolvency Statute (insO)”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p.318.

⁴⁶⁶ Cf. FLESSNER, Axel. “La conservazione delle imprese attraverso il Diritto Fallimentare. Uno sguardo di Diritto comparato”, cit., **Il Diritto Fallimentare e dele società commerciali**, 2009, p. 17.

⁴⁶⁷ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas”, in **Revista do Advogado AASP**. N.83. Ano XXV. Setembro de 2005, p.100.

⁴⁶⁸ Como exemplo pode-se mencionar a direta formação de uma nova empresa com a parte aproveitável do negócio e a subsequente venda de suas ações a terceiros investidores. Nesse sentido: “Traditionally, a business that is subject to formal bankruptcy proceedings is rescued by “hiving down” the viable parts of the business into a newly formed company, the shares of which are held by the bankruptcy administrator. The administrator then sells the shares to a third-party investor, often via private auction. The sale proceeds are then distributed to the creditors, and the debtor entity is dissolved” (Cf. SHANDRO. S. “Germany comes to grips with its ‘Chapter 11’”, in **American Bankruptcy Intitute Journal** 25 (2006) p.1. Disponível em: <<https://www.abi.org/abi-journal/germany-comes-to-grips-with-its-chapter-11>>. Último acesso em 11.09.2017.).

⁴⁶⁹ Cf. TROMPERTZ, Markus, KLOSE, Bernd. “Germany Insolvency Statute (insO)”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p.318. Consoante esclarecem os autores, “there are just exceptions to this rule, mainly the transfer of company in accordance with §613a of the BGB ” (p.319).

⁴⁷⁰ Cf. SHIMIDT, Karsten. “La reforma del Derecho concursal italiano e y el Derecho concursal alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)”, cit., **Anuario de Derecho Concursal**, n.10. ADCo. 2007-1, p.310.

devedor, com o pedido de abertura do processo de insolvência, ou deverá ser apresentado pela administração concursal, quando determinado pela assembleia de credores⁴⁷¹, podendo ocorrer que ambos os planos sejam propostos e admitidos e, nesse caso, postos em votação⁴⁷².

Dentre as medidas previstas na ESUG, tendentes à reestruturação do negócio, consoante destaca Adriana Pugliesi, estão aquelas que permitem que o plano de insolvência: (i) possibilite ao devedor permanecer em atividade (*‘going concern’*); (ii) permita a conversão de créditos em participação societária; (iii) ou a direta transferência de participação societária aos credores; (iv) reduza o capital social e possibilite o posterior aumento com “a emissão de novas ações (ou quotas), com a finalidade de absorção de perdas de capital”⁴⁷³.

Há flexibilidade para a formação das classes de credores para a votação e não há propriamente limite para o número de grupos a ser formado, devendo-se observar, contudo, a distinção entre os diferentes interesses econômicos⁴⁷⁴, como os de credores de satisfação separada (com garantias), e os credores da insolvência, subordinados e não subordinados, dentre estes os trabalhistas, além de acionistas e sócios. O *Sanierungsplan* poderá prever sacrifícios a todos os credores, inclusive a credores garantidos⁴⁷⁵; mas, busca-se o tratamento igualitário de credores na mesma situação⁴⁷⁶, embora possam ser os grupos de credores formados tratados de forma diferente, caso exista justificativa para o tratamento desigual⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ Cf. §218 da InsO.

⁴⁷² Se, na audiência de discussão e votação, forem ambos aprovados pelos credores, silencia a lei sobre qual plano deverá ser homologado; mas, como esclarece Suzana Corotto, normalmente é homologado aquele que mais adesões dos credores recebeu (**Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRF) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática**, cit., 1ª ed., 2009, p.115).

⁴⁷³ Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p.94.

⁴⁷⁴ Cf. BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, cit., in **Brooklyn Journal of International Law** 23, 1997, p.177.

⁴⁷⁵ Cf. FLESSNER, Axel. “La conservazione delle imprese attraverso il Diritto Fallimentare. Uno sguardo di Diritto comparato”, cit., **II Diritto Fallimentare e delle società commerciali**, 2009. p. 15.

⁴⁷⁶ Cf. DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**, cit., 2016, p.84.

⁴⁷⁷ Consoante Andreas Remmert, uma das regras mais importantes do processo de insolvência é a da divisão dos credores em grupos. Consoante esclarece: “The creditor groups can be treated differently by the plan if a justifying reason exists. The plan for example can form different groups for secured creditors, for normal insolvency creditors, for those creditors whose claims rank behind the claims of the normal insolvency creditors and for the employees. The number of groups is not limited. It is up to the fantasy of the person who is setting up the plan. The only demand is that there has to be a justifying reason if two creditors are put into two different groups” (Cf. REMMERT, Andreas. “Introduction to German insolvency law”, cit., in **International Company and Commercial Law Review**. Londres: Sweet & Maxwell. 2002, p. 7).

O conteúdo do plano de saneamento da empresa pode estipular qualquer meio de recuperação e os poderes do tribunal tornam-se evidentes nas hipóteses em que o plano pode ser indeferido logo de início: quando as disposições sobre o modelo e o conteúdo do plano, em particular para a formação de grupos, são ignoradas; se o plano não tem chances de ser aceito pelas partes ou confirmado pelo tribunal; ou se as reivindicações não poderão ser de fato satisfeitas⁴⁷⁸.

Se não for rejeitado logo de início pelo juiz, o plano será submetido aos pareceres do comitê de credores, conselho da empresa e conselho de altos executivos, e, caso tenha sido apresentado pelo administrador, deverá o credor sobre ele se manifestar⁴⁷⁹. Após a discussão em audiência, a votação do plano pode se realizar em assembleia de credores presidida pelo juiz ou por escrito e a aprovação se dá por maioria simples de credores e do total dos créditos votantes em cada classe⁴⁸⁰.

Aprovado o plano pelos credores, há ainda a necessidade de homologação pelo juízo, como forma de proteção às minorias, eis que, a pedido do credor, deve-se deixar de homologar um plano aprovado quando sua posição restar mais desvantajosa com o plano do que sem ele⁴⁸¹; fala-se, nesse ponto, que o cálculo a ser realizado se baseia em um prognóstico⁴⁸².

Assim como no Direito norte-americano, esse sistema também prevê mecanismo de homologação judicial do plano quando este não tenha alcançado as maiorias legais, que é conhecido por “proibição de obstrução”⁴⁸³.

⁴⁷⁸ Cf. §231 da InsO.

⁴⁷⁹ Cf. §232 da InsO.

⁴⁸⁰ As §§ 237 a 244 da InsO disciplinam o direito de voto e quóruns necessários a aprovação do plano.

⁴⁸¹ Cf. §251, da *InsO*.

⁴⁸² Cf. COROTTO, Suzana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão:** comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática, cit., 1ª ed., 2009, p.114. Consoante observa a autora, “uma solução proposta para evitar o fracasso do plano de insolvência diante do §251 I é a inserção de uma cláusula no plano, chamada de ‘cláusula salvatória’”. Essa cláusula tem a função de prever o pagamento de prestações acessórias ao credor que demonstrar se encontrar em prejuízo, até completar o valor que ele presumivelmente teria direito a receber na liquidação regular” (p.114).

⁴⁸³ Na opinião de Karsten Schimdt, a proibição de obstrução evidencia uma “calamidade pública”, pois, “si se la aplica com prudencia, resulta débil frente a los acreedores disidentes. Si los jueces hacen uso activo del art. 245 del Rins, con frecuencia serán tildados de actuar con arbitrariedad a costa del acreedor disidente. Pero es seguro que el cramdown es una violenta interferencia en los derechos de los acreedores”. (Cf. SCHMDT, Karsten. “Grupos de acreedores, consentimiento obligatorio, prohibición de obstrucción. Reflexiones comparativas sobre el ‘acuerdo preventivo’ y el ‘plan de insolvencia’”, *in*

Prevedo a necessidade de aprovação do plano por todas as classes de credores, a *Insolvenzordnung* adota a regra de proibição de obstrução (*Obstruktionsverbot*) na hipótese de: 1) não haver motivo racional para que uma classe de credores contrarie o plano, caso este não a situe em situação pior à que estaria sem o plano⁴⁸⁴; 2) não discrimine o tratamento conferido à classe; 3) bem como que nenhum credor com inferior prioridade falimentar ou titular de participação societária seja contemplado, se não houver ativo suficiente para o recebimento de credores precedentes⁴⁸⁵. De forma mais restritiva que o Direito norte-americano, porém, o ordenamento dispõe ser necessário ao menos a aprovação de metade das classes para que se aplique a proibição de obstrução⁴⁸⁶.

Para a análise do tratamento isonômico dos credores, note-se que o legislador leva em conta não somente as relações dentro de cada uma das classes (relações horizontais), mas também as eventuais diferenças de tratamento entre as classes (relações verticais)⁴⁸⁷. Além disso, consoante aponta a doutrina, também há necessidade de avaliar, ainda que em mero juízo de probabilidade, a empresa reorganizada sob a perspectiva do plano apresentado, para compará-la ao seu valor de liquidação e, mesmo podendo ser a proibição de obstrução determinada de ofício pelo juiz, raramente é utilizada⁴⁸⁸.

Com o trânsito em julgado da decisão que homologa a deliberação dos credores, encerra-se o processo, cumprindo-se após a fase de fiscalização⁴⁸⁹, incumbida ao administrador e ao comitê de credores⁴⁹⁰, que será também encerrada com o cumprimento

Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005. p.632 e 639).

⁴⁸⁴ Cf. §245, (1), 1 da *InsO*. Observa a doutrina que essa regra é derivada em essência da §1129, do *Bankruptcy Code*, mas muito simplificada para o uso na *civil law* (Cf. BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, cit., in **Brooklyn Journal of International Law** 23, 1997, p.178).

⁴⁸⁵ Cf. §245, (2), 2 da *InsO*. Como observa Karsten Shimidt, a superação da oposição dos credores por meio de uma resolução judicial parece que tem permanecido melhor no conceito teórico, eis que, na prática, pagam-se os credores dissidentes para que saiam do procedimento, servindo para baixar os custos dessa medida a ameaça da proibição de obstrução ou de uma decisão judicial (Cf. SHIMIDT, Karsten. “La reforma del Derecho concursal italiano e y el Derecho concursal alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)”, cit., **Anuario de Derecho Concursal**, n.10. ADCo. 2007-1, p.310).

⁴⁸⁶ Cf. §245, (1), 3 da *InsO*.

⁴⁸⁷ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.290.

⁴⁸⁸ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed, 2014, p.150.

⁴⁸⁹ Cf. §258, (1), da *InsO*.

⁴⁹⁰ Cf. §260, (1), da *InsO*.

das obrigações ou após o decurso do prazo de três anos do encerramento do processo de insolvência⁴⁹¹.

Para os casos de insolvência do consumidor, é necessário que, antes que o devedor possa apresentar o pedido, seja tentado um acordo extrajudicial com os credores⁴⁹², para que não cause um aumento expressivo do número de processos. Vê-se, assim, que o meio consensual contribui para a solução de problemas de diversas ordens.

Não obtido o acordo e inevitável a via judicial, o patrimônio do concursado será administrado por um “fiduciário”, ao qual também será entregue a parte do seu salário que pode ser constricta, durante seis anos, período em que o devedor deverá ter boa conduta, para que, ao término, obtenha a liberação do valor residual de suas dívidas⁴⁹³. Dessas características, dissuade-se que a lei combinou elementos da *discharge* prevista nos *Chapters 7 e 13* do modelo norte-americano⁴⁹⁴.

Visto o sistema por suas características gerais, a questão que surge refere-se à amplitude dos poderes reservados às partes em consenso para a solução da situação de crise econômico-financeira do devedor no Direito alemão, que se encontra parcialmente comprometido diante da proeminência da posição dos credores⁴⁹⁵ no processo de insolvência, o que, evidentemente, mostra-se coerente com o sistema, voltado primordialmente à satisfação dos credores e ao saneamento do mercado.

⁴⁹¹ Cf. §268, (1), da *InsO*.

⁴⁹² Cf. REMMERT, Andreas. “Introduction to German insolvency law”, cit., *in International Company and Commercial Law Review*, 2002, p. 8. Nas palavras do autor: “Before the consumer debtor can file an insolvency request, he first has to attempt to achieve an extra-judicial settlement with his creditors⁵⁴. One of the reasons of this obligation is that the courts shall not be charged with too many insolvency proceedings which usually require very high efforts of all who are concerned with them” (p.8).

⁴⁹³ Cf. SHIMIDT, Karsten. “La reforma del Derecho concursal italiano e y el Derecho concursal alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)”, cit., *Anuario de Derecho Concursal*, n.10. ADCo. 2007-1, p.306. Como enfatiza o autor, a liberação das dívidas basea-se em um “*clima sociopolítico*” que rodeia a sua regulamentação, eis que “daria a persona física una auténtica esperanza de volver a la ‘existencia civil’ corriente. Ni siquiera se exige el pago de una cuota mínima a los acreedores, de modo que, incluso, un deudor que carece totalmente de bienes puede disfrutar de una ‘liberación’ de deudas” (p.308).

⁴⁹⁴ Cf. BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, cit., *in Brooklyn Journal of International Law* 23, 1997, p.178.

⁴⁹⁵ São muito relevantes as atribuições dos credores no processo de insolvência alemão, que, consoante esclarece Adriana Pugliesi, “vão a partir da decisão quanto à modalidade a ser adotada na ação de insolvência (pela qual se decide o destino da devedora) e incluem a: (i) manutenção do administrador interino nomeado pelo juiz na abertura do processo ou a sua substituição; (ii) continuidade ou paralisação dos negócios da devedora; (iii) delegação, ao administrador da insolvência, da atribuição de poderes para a elaboração de um plano de insolvência; (iv) avaliação dos créditos habilitados” (Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e preservação da empresa*, cit., 1ª ed., 2013, p.91).

Algumas concessões ao ideal preservacionista e ao equilíbrio das partes no processo, que favoreceram o sistema como um todo, resultaram da ESUG, que, dentre outras importantes alterações, criou o *Schutzschirmverfahren* (§270b), aplicado a devedores em dificuldade, como instituto pré-insolvência, que permite ao devedor constituir dívidas da massa e obter a suspensão das execuções em andamento.

Não obstante essas alterações ou mesmo outros poderes que já eram conferidos ao devedor no processo, como a possibilidade de propor o plano ou dele discordar, quando proposto pelos credores, caso se torne prejudicada a sua posição⁴⁹⁶, a aprovação do plano não está condicionada a sua vontade e sim do órgão judicial se houver divergência⁴⁹⁷. Tais constatações demonstram a proeminência dos interesses dos credores e que a consensualidade, apesar de necessária entre os credores, não é indispensável entre credores e devedor.

3.3.4 A mudança de rumo do Direito português

A disciplina do Direito Concursal português no passado recente estava confiada ao Código de Processo Civil de 1961, que dispunha sobre a insolvência e a falência, apenas como institutos voltados ao pagamentos dos credores e à extinção da atividade econômica, como ainda a concordata e o acordo dos credores, que podiam ser preventivos ou suspensivos da falência, mas de reduzida frequência e eficácia, já que inseridos no rígido esquema da falência-liquidação⁴⁹⁸, apesar da intenção do legislador, para quem os meios preventivos eram sempre preferíveis, “em regra, à ruínosa liquidação judicial”⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Como esclarece Karsten Schimdt, o plano de recuperação deve ser homologado pelo juiz, mas pode ser denegada a homologação quando o plano foi elaborado contrariando as normas processuais (§259, *InsO*) ou quando o devedor se opôs ao plano, caso sua posição tenha resultado pior, presumivelmente, do que em caso de liquidação (§251, *InsO*) (Cf. SCHMIDT, Karsten. “Grupos de acreedores, consentimento obligatorio, prohibición de obstrucción. Reflexiones comparativas sobre el ‘acuerdo preventivo’ y el ‘plan de insolvencia’”, cit., in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**, 1ª ed., 2005, p.636).

⁴⁹⁷ Cf. GUGLIELMUCCI, Lino. “La legge tedesca sull’insolvenza (insolvenzordnung): del 5 ottobre 1994”, cit., in **Quaderni di Giurisprudenza Commerciale**, 2000, p.21.

⁴⁹⁸ Cf. SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Viana. “Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português”, in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 10. Nº 36. Abril-junho/2007, p.228.

⁴⁹⁹ Conforme consta do relatório que antecede o Decreto-lei n. 44 129, de 28 de dezembro de 1961. O acordo de credores se dava quando estes deliberavam constituir uma sociedade por quotas para continuar a atividade comercial (art.1167º, n.1, CPC).

A mudança de rumo começaria com o Decreto-lei n.864/76⁵⁰⁰, que previu o objetivo de superação da crise de empresas em “situação econômica difícil”, fossem públicas ou nacionalizadas, que na prática acabavam por depender do orçamento do Estado. Em decorrência da decadência econômica vivenciada nas décadas anteriores e dos problemas que se seguiram à Revolução dos Cravos, logo em seguida foi promulgado o Decreto-lei n.24/77, que possibilitou a celebração de “contratos de viabilização” para a concessão de benefícios fiscais e financeiros pelo Estado, além de apoio do sistema bancário, desde que fossem atingidas metas pré-fixadas, algo que se dava em sede administrativa e dependia de homologação ministerial, tácita ou expressa, sempre distante do controle judicial e da participação dos credores⁵⁰¹.

Um processo judicial dedicado à recuperação judicial seria “cuidadosamente desenhado” somente na década seguinte, pelo Decreto-lei 177/86, no momento da entrada do país na Comunidade Econômica Europeia, quando o setor empresarial português ainda se ressentia de uma economia débil, eis que os problemas econômicos e financeiros não haviam sido solucionados pelas intervenções artificiais do Estado nos anos anteriores⁵⁰².

Com esse novo modelo, de concepção marcadamente social, buscou-se a preservação da empresa, sempre que esta se mostrasse possível⁵⁰³, por meio da concordata e do acordo de credores, que passavam a ser processos autônomos para essas finalidades, e da gestão controlada, restringindo-se a falência, ainda disciplinada pelo Código de Processo Civil, às empresas “irremediavelmente perdidas”.⁵⁰⁴

Todo empenho, contudo, não fora suficiente; era preciso distinguir entre empresas viáveis, que mereceriam os esforços de reerguimento, e as inviáveis, para as quais deveria se destinar processo de liquidação mais célere. Nesse contexto, foi aprovado o Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresas e Falências, o CPEREF, em

⁵⁰⁰ Cujas disposições foram esclarecidas pelo Decreto-lei n.353-H/77.

⁵⁰¹ Cf. SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Viana. “Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português”, cit., *in* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 36, 2007, pp.229-230.

⁵⁰² Cf. VASCONCELOS, L. Miguel. **Recuperação de Empresas: o processo especial de revitalização**. 1ª edição. Coimbra: Almedina. 2017, pp.14-15.

⁵⁰³ Cf. FERNANDES, L. Carvalho. “O Código dos processos especiais de recuperação de empresa e de falências: balanço e perspectivas”, *in* **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, RDES. Nº1. Janeiro - setembro. Lisboa: Lex Edições Jurídicas. 1997, p.8.

⁵⁰⁴ Cf. SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Viana. “Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português”, cit., *in* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 36, 2007, p.231.

1998, ainda assente no objetivo principal de preservação da empresa, disciplinando o processo de insolvência aplicável aos comerciantes e a aqueles que não o fossem⁵⁰⁵.

Com uma fase processual introdutória comum aos procedimentos, destinada a averiguar se o devedor era ou não solvente, chegava-se à fase seguinte, de falência ou recuperação do devedor⁵⁰⁶. Nesse modelo já foram fortalecidos os poderes dos credores, pois, dentre outras atribuições, declarada a insolvência, deveriam eles deliberar se era o caso de se proceder a liquidação ou salvar a empresa⁵⁰⁷.

Como aponta a doutrina, apesar das medidas instituídas, a perda de limites na busca do objetivo de preservação da empresa, aliada à morosidade da tramitação dos processos e à falta de flexibilidade das medidas de saneamento, que levavam à dissipação de ativos⁵⁰⁸, conduziram à insustentabilidade do sistema e à necessidade de nova reforma, que culminou com a aprovação do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) no ano de 2004, tomando agora por modelo a legislação alemã a respeito da matéria de insolvência e também o Direito espanhol⁵⁰⁹,

⁵⁰⁵ Conforme observa Adriana Pugliesi, “o referido diploma inovou quanto ao seu alcance do ponto de vista subjetivo, já que nele o conceito de empresa (atividade) passou a ser tomado em sentido amplo, ou seja, abrangia a pessoa singular ou jurídica, empresária ou não, mas que desenvolvesse atividade econômica de qualquer natureza” (Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p.98).

⁵⁰⁶ Cf. VASCONCELOS, L. Miguel. **Recuperação de Empresas**: o processo especial de revitalização, cit., 1ª ed., 2017, pp.18-19. Conforme esclarece o autor, a recuperação poderia se dar por meio da concordata, da reconstituição empresarial, da gestão controlada ou, como novidade, por meio da reestruturação financeira (p.19).

⁵⁰⁷ Cf. SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Viana. “Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português”, cit., in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 36, 2007, pp.232-234.

⁵⁰⁸ Conforme aponta a doutrina, apesar dos esforços legislativos para o aprimoramento do processo de recuperação de empresa, muitas causas concorreram para o seu insucesso, levando à nova reforma, inspirada desta vez na *Insolvenzordnung* alemã de 05.10.1994, voltada basicamente à eficiência econômica, concedendo-se ao credor o poder de optar pelo meio mais adequado à satisfação de seus interesses, o que demonstra que a prioridade deslocou-se “da recuperação da empresa para a satisfação dos credores”. Consoante esclarecem João Calvão da Silva e Frederico Viana Rodrigues, o regime português, disciplinado pelo Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-lei n.53/2004 e ajustado pelo Decreto-lei n.200/2004, “o saneamento da empresa deixa, portanto, de ser instrumento de realização do interesse público, assumindo a qualidade de instrumento de realização dos credores, alcançada por via da maximização do patrimônio do devedor” (“Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português”, cit., in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 36, 2007, p.235-236).

⁵⁰⁹ O sistema concursal espanhol, regido pela *Ley Concursal 22/2003*, reformada pelo *Real Decreto-lei 3/2009* e acompanhada da *Ley Orgánica para la Reforma Concursal 8/2003*, pôs fim não somente a anterior multiplicidade de normas para reger a matéria, como também eliminou a dicotomia entre o regime civil e o mercantil, em conexão com a condição empresarial do devedor, seguindo as tendências do Direito comparado. Como aponta Juana Pulgar Ezquerro, “la reforma aprobada em julio de 2003 constituye un hito particularmente relevante en el proceso de reforma del derecho mercantil español que se inició a finales de los años 80 y en el que tras abordarse materias de gran relevancia como sono los mercados de valores, propiedad

No contexto do vigente modelo, a insolvência se aplica a qualquer pessoa individual ou coletiva, até mesmo entes despersonalizados, excluindo-se apenas as pessoas jurídicas de Direito Público e instituições financeiras e de seguros. O processo é regido em suas linhas gerais pelo CIRE e supletivamente pelo Código de Processo Civil, iniciando-se por requerimento do devedor, de qualquer credor ou do Ministério Público e apresenta procedimento único na sua fase introdutória⁵¹⁰.

Declarada a insolvência⁵¹¹, abre-se a fase executiva do processo, em que são verificados os créditos e, ordinariamente, liquidado o ativo para pagamento dos credores. Contudo, embora não tenha sido delimitada a oportunidade em que deva ser apresentado o plano de insolvência, este pode ser proposto pelo devedor ou por quem responda pelas dívidas da insolvência, ou mesmo pelos credores que representem 1/5 do total dos créditos subordinados, podendo contemplar esse plano, dentre outras possibilidades, o objetivo de recuperação da empresa.

Neste caso, o juiz decide sobre a admissibilidade do plano de insolvência, caso não seja manifestamente inexecutável ou de aprovação improvável pela assembleia geral, e

industrial, competencia y consumidores, la actualidad y modernización del derecho concursal constituía una ‘asignatura pendiente’. Exemplo da influência do Direito espanhol sobre o português, reside na característica do concurso que se inicia por um único procedimento, que pode desembocar, pelo sistema espanhol, no *convenio* ou na *liquidación*. Note-se que nesse modelo a situação atual de insolvência leva à obrigação do devedor de solicitar o concurso de credores, embora não contemple institutos especificamente preventivos como no Direito francês, devendo-se comprovar o pressuposto econômico da situação de insolvência no início do procedimento, para evitar o agravamento da crise da empresa. O *convenio* poderá ter tramitação antecipada, quando apresentada de início pelo devedor, ou ordinária, nas demais hipóteses, e o acordo sofre limites quantitativos, não podendo importar em metade de cada um dos créditos, e temporais, já que o prazo de pagamento não pode ser superior a cinco anos, a menos que se trate de empresa cuja a atividade possa ter especial transcendência para a economia (art.100 da *L.C.*) (Cf. PULGAR EZQUERRA, Juana. “La reforma del derecho concursal español: el nuevo concurso de acreedores”, in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005, pp.566, 570-571, 574-575 e 594).

⁵¹⁰ Após o ajuizamento do pedido, o juiz determina a citação do devedor, caso não tenha sido a insolvência requerida por ele, bem como nomeia administrador provisório para a administração do patrimônio do devedor ou para assisti-lo nessa função; o devedor pode apresentar oposição, seguindo-se, caso necessário, audiência de discussão e julgamento, momento em que são produzidas as provas, as alegações orais e proferida a sentença. Com a declaração de insolvência, dentre outras providências, o juiz determina se é necessária a instauração de incidente destinado a investigar as causas da falência e declará-la fortuita ou culposa, bem como designa data para a reunião da assembleia de credores. Da sentença cabe embargos, sobre fatos ou requerimentos de prova não levados em conta, ou recurso para externar o inconformismo. Nos casos de dolo, o pedido de insolvência infundado gera responsabilidade civil ao requerente (art.22º do CIRE) (Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de Direito da Insolvência**. 6ª edição. Coimbra: Almedina. 2014, pp.38-58).

⁵¹¹ Prevê a lei o incidente processual para qualificação da insolvência, que pode concluir ter ocorrido insolvência culposa, quando tenha sido a situação criada ou agravada em vista da atuação por culpa grave ou dolo do devedor ou de seus administradores de direito ou de fato nos últimos três anos. Todavia, a sentença não aprecia a responsabilidade dos dirigentes, não havendo, portanto, vinculação para efeitos de responsabilidade civil ou penal (Cf. FRADA, Manuel A. Carneiro. “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 66, II, Lisboa. Setembro de 2006, p.6).

coloca nas mãos dos credores a opção por sua aprovação. Se aprovado o plano pelo quórum previsto na lei, o juiz, de ofício ou a requerimento de interessados, verifica se há vícios de procedimento ou de conteúdo e homologa a deliberação dos credores. É possível a manifestação de oposição ao plano, que pode ser apresentada pelo devedor, responsáveis, credores, sócios membros ou associados e, dentre outras exigências, deve ser demonstrado o favorecimento indevido de um credor ou a existência de prejuízo próprio decorrente da apresentação do plano que implica em situação menos favorável da que resultaria ao postulante se o plano não existisse⁵¹².

O CIRE em sua concepção original fora muito criticado pelo retorno à fase da falência-liquidação⁵¹³, pois, embora tenha elencado a recuperação como meio preferível para a solução da crise da empresa, a bem da verdade não dispõe de mecanismos que possam favorecer essa finalidade para um devedor em condição de insolvência, permanecendo a recuperação como medida supletiva diante do objetivo de melhor satisfação dos credores⁵¹⁴.

Some-se que o sistema de recuperação após a declaração de insolvência previsto no CIRE, tal qual o modelo da *Insolvenzordnung*, mostra-se, como ressalta L. Miguel Vasconcelos, inapropriado à recuperação do devedor, desconhecendo a realidade que não se pode negar: com a declaração de insolvência, aumentam-se os custos reputacionais da empresa, cortam-se os créditos de financiamentos e de fornecedores; ademais, a continuidade da empresa implica na obrigação de efetivação dos pagamentos em dia, sob pena de responsabilidade do administrador, gerando, ainda, novas obrigações que têm privilégios sobre as anteriores, o que não estimula os credores a optarem pela continuação da atividade⁵¹⁵.

Inevitáveis, dessa maneira, foram as modificações realizadas em 2012, com a criação de mecanismos pré-insolvência, como o processo especial de revitalização (PER),

⁵¹² Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de Direito da Insolvência**, cit., 6ª ed., 2014, pp.308-311.

⁵¹³ Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p.96.

⁵¹⁴ Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de Direito da Insolvência**, cit., 6ª ed., 2014, p.17.

⁵¹⁵ Cf. VASCONCELOS, L. Miguel. **Recuperação de Empresas: o processo especial de revitalização**, cit., 1ª ed., 2017, pp.26-33. Nesse mesmo sentido: SILVA, Fátima Reis. “Questões processuais relativas ao processo especial de revitalização”, in **Processo de insolvência e ações conexas**. E-Book. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Dezembro. 2014. p.68. Refere a autora que a situação de ter que ser decretada a insolvência primeiramente “traz inconvenientes sérios e um anátema que se traduz em sérias dificuldades no mercado...e os credores encaram a empresa como debilitada e publicamente conotada como incumpridora” (p.68).

introduzido pela Lei n.16/2012, que alterou o CIRE, e o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (Sireve), instituído pelo Decreto-lei n.178/2012, ambos decorrentes de entendimentos do governo português com a Comissão Europeia, o BCE e o FMI⁵¹⁶.

Desta forma, ao lado das soluções preconizadas pelo processo de insolvência, agora, para os devedores solventes que se encontrem em dificuldade ou na iminência de se tornarem insolventes, há disciplina específica do PER, processo especial de revitalização⁵¹⁷, ou a recuperação extrajudicial, pelo regime do Sireve.

O PER seguiu os modelos dos Direitos espanhol e italiano e pode ser requerido apenas pelo devedor em situação de insolvência iminente⁵¹⁸, desde que suscetível de ser recuperado, seja pessoa individual ou coletiva, comerciante ou não, ou até mesmo entes não personificados, como a herança jacente e as sociedades de fato, exceto entes públicos e entidades financeiras ou de seguros. A revitalização pode ser alcançada antes de um processo de insolvência ou no seu curso⁵¹⁹, caso ainda não tenha sido declarada e reunidos os demais pressupostos legais⁵²⁰.

Os credores podem se recusar a participar das negociações e, se não for atendido o número mínimo de credores, o processo deverá se encerrar sem que isto exima o devedor da responsabilidade de se apresentar à insolvência, quando não for mais possível o cumprimento de suas obrigações⁵²¹. Mesmo se o PER for obtido extrajudicialmente, depois

⁵¹⁶ Cf. VASCONCELOS, L. Miguel. **Recuperação de Empresas**: o processo especial de revitalização, cit., 1ª ed., 2017, p.32.

⁵¹⁷ Regulado pelos artigos 1º, n.2, 17º-A a 17º -I, do CIRE.

⁵¹⁸ Como lamenta Alexandre de Soveral Martins, a respeito da definição da situação de insolvência iminente, “a lei portuguesa não contém um esclarecimento como aquele que resulta do §18, (2), da InsO”, que dispõe que “O devedor será considerado em situação de iminente incapacidade de pagamentos quando previsivelmente não irá cumprir no momento do vencimento as obrigações de pagamentos existentes”. Conforme esclarece, também a *Ley Concursal* espanhola auxilia o intérprete ao estabelecer, no seu art.2,3, que “se encuentra en estado de insolvência inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones” (Cf. MARTINS, Alexandre de Soveral. O P.E.R. (processo especial de revitalização), in **AB Instantia, Revista do Instituto do Conhecimento AB**. Ano I. N.1. Abril de 2013, p.19).

⁵¹⁹ Durante o processo de insolvência, mas antes que seja esta declarada, o PER deve ser ajuizado com os documentos necessários, nomeando o juiz um administrador provisório, comunicando-se aos credores que poderão reclamar seus créditos para participar das negociações, que se darão no prazo de dois meses, quando serão também suspensas as ações de cobrança em curso em face do devedor. A publicidade é reduzida e nesse período não será privado o devedor da administração de seus negócios nem da disponibilidade de seus bens, mas alguns atos de especial relevância têm que ser autorizados pelo administrador judicial (Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de Direito da Insolvência**, cit., 6ª ed., 2014, pp.281-291).

⁵²⁰ Cf. VASCONCELOS, L. Miguel. **Recuperação de Empresas**: o processo especial de revitalização, cit., 1ª ed., 2017, pp.39-40.

⁵²¹ Pelo sistema atual, é obrigação dos administradores da sociedade requerer a insolvência, configurando o seu descumprimento falta grave (art.18º).

de alcançado o acordo com os credores, é necessária sua apresentação em juízo, hipótese em que juiz apenas declara a abertura do processo, verifica as eventuais impugnações e homologa os acordos realizados⁵²².

Não há norma que regule o conteúdo do plano de recuperação do PER e, nesse sentido, o acordo pode abranger diversas formas, dentre outras, a modificação de prazos de vencimento das obrigações, o perdão de dívidas, a redução de créditos, de juros, a dação em pagamento, a constituição de garantias, a conversão de créditos em participações societárias, devendo ser aprovado pelas maiorias previstas na lei (art.17º-F, n.3, CIRE) para que haja vinculação de todos os credores, inclusive daqueles que não participaram das negociações⁵²³.

A recuperação extrajudicial pelo regime do Sireve fora introduzida pelo Decreto-Lei nº 178/2012 e alterada recentemente pelo Decreto-Lei n.º 26/2015. Como mecanismo alternativo aos processos judiciais previstos no CIRE, a modalidade extrajudicial destina-se a empresas em dificuldade que ainda não estejam em estado de insolvência atual e as negociações devem envolver pelo menos 1/3 do total das dívidas da empresa, no intuito de lhe garantir a melhoria das condições de funcionamento e continuidade de atividades com a viabilização de sua situação financeira.

As negociações entre o devedor e seus credores na recuperação extrajudicial envolvem a participação do IAPMEI, organismo especialmente vocacionado ao apoio à revitalização empresarial, que assume a função de facilitador e dinamizador do procedimento. Conforme a lei⁵²⁴, caso tenha sido apresentado plano de pagamentos pelo devedor no processo de insolvência (nº 2 do artigo 252º do CIRE), e no âmbito do SIREVE tenha sido aprovado por credores que representem mais de dois terços do valor total dos créditos relacionados pela empresa naquele procedimento, a proposta de acordo pode ser submetida ao juiz para suprimento da aprovação dos credores restantes e consequente homologação com os mesmos efeitos previstos no CIRE para o plano de pagamentos.

⁵²² Cf. SILVA, Fátima Reis. “**Questões processuais relativas ao processo especial de revitalização**”, cit., *in* **Processo de insolvência e ações conexas**, 2014, pp.83-85. Consoante observa a autora, a homologação é regulada pelas regras constantes do CIRE, aplicando-se o disposto nos arts. 215º e 216º, que se referem à não homologação oficiosa e não homologação a pedido de um interessado (p.85).

⁵²³ Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de Direito da Insolvência**, cit., 6ª ed., 2014, p.285.

⁵²⁴ Cf. art.19 do Decreto-lei n.178/2012.

Desse quadro atual do sistema português, pode-se constatar que o papel dos credores é de grande relevância, podendo, em última análise, “decidir a sorte da devedora”, escolhendo entre a solução da liquidação ou da recuperação da empresa, como ainda nomear o administrador da insolvência⁵²⁵, cabendo ao juiz poderes mais limitados, reduzidos ao controle de legalidade da opção escolhida⁵²⁶.

Essa preponderância, atribuída com exclusividade aos credores, que passam a ser, como afirma a doutrina, os “proprietários da empresa”, leva a concluir que o consensualismo no sistema português estava mitigado no processo de insolvência, já que nem sempre o propósito de reerguimento parte do devedor, não precisa ser por ele aceito e somente podem ser recusados os termos da solução aprovada se o devedor evidenciar que a existência de um plano para essa finalidade piorou sua situação em relação à simples liquidação do patrimônio.

A reforma de 2012, ainda que movida por pressão de organismos internacionais, alterou parcialmente essa situação, ao menos para devedores em dificuldade que ainda não estejam insolventes, os quais podem se socorrer do PER e da recuperação extrajudicial, que devem ser necessariamente aceitos pelos credores, demonstrando a existência de um ambiente voltado às negociações para a superação da crise econômico-financeira do devedor e cumprimento das obrigações, no qual o consenso constitui o meio empregado para atingir os objetivos almejados.

⁵²⁵ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas”, in **Revista do Advogado**, AASP, 83, ano XXV., setembro de 2005, p.100.

⁵²⁶ No momento de homologação do plano de insolvência, como observa Renata da Mota Maciel Madeira Dezem, limitar-se-á, ao menos quando atue de ofício, ao controle de legalidade do plano, quanto às regras procedimentais e aquelas aplicáveis ao seu conteúdo, nos termos do artigo 215º. A expressa menção aos limites jurisdicionais nessa fase do procedimento parece evitar maiores discussões sobre o papel do juízo. No caso de impugnações por credores, o juízo poderá recusar a homologação do plano, se provado que a situação do credor, ao abrigo do plano, é menos favorável que aquela decorrente da insolvência, alegação conhecida como *best interests of creditor's test* no sistema americano ou *Minderheitenschutz* (proteção das minorias) do sistema alemão” (**A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**, cit., 2016, p.92).

3.3.5 O consensualismo e os instrumentos voltados à solução da crise da empresa no Direito italiano

O Direito Concursal italiano, ainda disciplinado pelo *Regio Decreto* de 16 de março de 1942, n. 267, sofreu profundas alterações que se iniciaram com o *Decreto Legislativo n.5*, de 9 de janeiro de 2006, e com o Decreto Legislativo n.169, de 12 de setembro de 2007, de forma que pouco remanesceu da antiga *legge fallimentare*, inadequada às profundas mudanças da atual realidade socioeconômica do país⁵²⁷.

A revisão de 2007, feita pouco mais de um ano da anterior, corrigiu não apenas aspectos técnicos para uma perfeita redação, mas trouxe modificações que implicam em “*vere e proprie rettifiche della filosofia precedentemente adottata*”, como, v.g., a individualização do sujeito submetido ao procedimento concursal; alargamento dos poderes do comitê de credores; nova disciplina processual do juízo de homologação do *concordato preventivo*, com a reintrodução do chamado *cram down*; o alargamento da aplicabilidade da transação fiscal e a completa exclusão da declaração de falência de ofício, dentre outras alterações⁵²⁸.

Em continuidade às modificações legislativas, com o fim de facilitar a gestão da empresa em crise, fora aprovado o chamado “*Decreto Competitività e Sviluppo*”⁵²⁹, no ano de 2012, que trouxe ainda importantes novidades. Nesse sentido, a reestruturação dos débitos e a satisfação dos créditos pode se dar por qualquer forma, como por cessão de bens ou da própria empresa, total ou parcialmente, por participação acionária ou quaisquer outros instrumentos financeiros, conforme prevê exemplificativamente a *Legge fallimentare* (art.160), se houver possibilidade de prosseguimento da atividade pelo próprio empreendedor ou por terceiros (art. 186-*bis*), ou, residualmente, pela liquidação da sociedade (*concordati liquidatori*)⁵³⁰.

⁵²⁷ Cf. FARENGA, Luigi. “La riforma del Diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato”, cit., **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n.145, 2007, p.9. Conforme esclarece o autor, eram três os objetivos iniciais da reforma: “l’eliminazione delle conseguenze ‘afflittive’ della dichiarazione di fallimento nei confronti dell’imprenditori persona fisica; la ‘velocizzazione’ della procedura; e la riduzione della ‘soglia di fallibilità’”. Conforme o autor, descurou-se de procedimentos de alerta e de prevenção, que conduziram a um “rissanamento preventivo delle imprese in crisi” (p.9).

⁵²⁸ Cf. PEPE, Giorgio Schiano di. **Il Diritto Fallimentare riformato**. 1ª edição. Padova: CEDAM. 2008, p.VI.

⁵²⁹ Pelo Decreto Legislativo n° 83, de 22 de junho de 2012, convertido pela Lei n. 134, de 07.08.2012.

⁵³⁰ Cf. RIVA, Patrizia. “Concordato preventivo e operazioni straordinarie”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, p.17.

Outras alterações pontuais vieram em 2015 e 2016⁵³¹, evidenciando que ainda se busca o ponto de equilíbrio do sistema de soluções da crise, especificamente, em relação aos instrumentos destinados ao reerguimento do devedor⁵³².

De modo geral, como tem preconizado a doutrina, talvez por razões conjunturais, o legislador tenha alterado a orientação em relação ao sistema concursal, por ter esposado a tese de continuidade da empresa, para salvar postos de trabalho e evitar o chamado “efeito dominó”, decorrente da interrupção da atividade empresarial, embora a continuidade ainda não possa, dogmaticamente, ser tomada como o valor principal⁵³³, que se concentra ainda na melhor satisfação dos credores⁵³⁴.

Contudo, é possível antever que o legislador optou por tratamentos diferentes ao empreendedor e à empresa, como problemas diversos a resolver, sob visão apoiada na lógica econômica que contrasta com a noção de propriedade como direito absoluto⁵³⁵, além de ter dado ênfase à participação dos credores, compensando a “mitigação dos poderes do juiz”, restrita agora à solução de controvérsias entre os interessados e ao chamado “controle de legalidade”⁵³⁶.

⁵³¹ Modificações levadas a efeito pelo Decreto Ilva, convertido pela *Legge* n.20, de 4 de março de 2015; *Decreto Legge* 83, de 27 de junho de 2015, convertido pela *Legge* 132, de 6 de agosto de 2015; o *Decreto Legge* n.59, de 3 de maio de 2016, convertido pela *Legge* n.119, de 30 de junho de 2016 e pela *Legge* n.232, de 11 de dezembro de 2016, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2017.

⁵³² Enfatiza a doutrina que: “Il legislatore con la riforma del concordato preventivo ha senz’altro introdotto delle norme meno punitive, finalizzate a trovare un punto di equilibrio fra le aziende in crisi e i vari *stakeholder* delle stesse aziende, primi fra tutti i creditori”. As recentes modificações “hanno introdotto maggiori obblighi informativi per coloro i quali intendono utilizzare questo strumento al fine di riportare la procedura del concordato preventivo...” (MANNA, Andrea. **Crisi d'impresa: ristrutturazioni e concordato preventivo**: Atti del Convegno - Cosenza 23 gennaio 2014 - a cura di Enrico Caterini (Italian Edition) (Locais do Kindle 73 e 80-81). Edizioni Scientifiche Calabresi. Edição do Kindle).

⁵³³ Como observa Alessandro Danovi, “nondimeno a continuità aziendale non può essere dogmaticamente assunta quale valore principe, a scapito della tutela degli interessi altri *stakeholders*, a pena di effetti distorsivi sul sistema” (“Il concordato preventivo dopo le modifiche del ‘Decreto Sviluppo’”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, p.14).

⁵³⁴ Nesse sentido: PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p.84; BIANCO, Carlo. “Il concordato preventivo in continuità”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. p.69. Consoante observa Adriana Pugliesi: “De qualquer modo, tanto a sistemática de preservação da atividade nos procedimentos reorganizatórios quanto a da manutenção da organização de bens e ativos na falência, no Direito italiano, caminham em evidente estímulo da maior atuação dos credores e, igualmente, na busca da melhor satisfação dos seus interesses” (p.84).

⁵³⁵ Cf. BIANCO, Carlo. “Il concordato preventivo in continuità”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni n°43, 2012, p.61. Como observa o autor, “l’iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale. La previsione del dettato costituzionale quindi farebbe prevalere le ragioni social, e quindi, economiche, dell’impresa sul diritto dell’imprenditore di disporre del patrimônio aziendale pur in assenza di condizioni legittimanti” (p.61).

⁵³⁶ Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p.73. Consoante menciona a autora, “na reforma iniciada em 2005, houve sensível modificação na

Prevê a lei, além da *liquidazione coatta amministrativa*⁵³⁷ e do *fallimento*⁵³⁸, como instrumentos voltados à solução da crise da empresa: a *amministrazione straordinaria delle grandi imprese*⁵³⁹; os *piani di risanamento atestati*⁵⁴⁰; os *accordi di ristrutturazione dei debiti*⁵⁴¹; o *concordato preventivo*⁵⁴² e o *concordato fallimentare*.

A *liquidazione coatta amministrativa* aplica-se a determinadas sociedades, como seguradoras, bancos e cooperativas, para as quais, além das disposições da *Legge Fallimentare*, há leis específicas para cada tipo de empresa sujeita a esses procedimentos. A liquidação tem cabimento quando há estado de insolvência, gestão irregular com violação grave de normas ou em razão de interesse público.

A falência não se aplica às mencionadas sociedades, como também não aos indivíduos e às entidades públicas, e somente tem cabimento diante da insolvência do devedor, atendidas as especificações previstas na lei em relação aos valores mínimos do ativo total, do faturamento nos últimos três anos e do total das obrigações do devedor⁵⁴³.

O interesse pela preservação de empresas de grandes dimensões e de grupos empresariais, ainda que insolventes, mas ainda recuperáveis, levou o legislador a criar, muito antes das reformas referidas, em 1979, procedimentos administrativos que constituem a chamada *amministrazione straordinaria delle grandi imprese*. Na atualidade, esses

concordata preventiva (*il concordato preventivo*) no que diz respeito ao pressuposto do procedimento, que abandonou o conceito de insolvência e passou a centrar-se na noção de crise. Outrossim, na reforma de 2006, foi introduzida a possibilidade de atribuir aos credores participação na empresa, mediante a extinção de todo o passivo, em decorrência da emissão de ações” (p.78).

⁵³⁷ Cf. *Legge Fallimentare*, art. 194-215.

⁵³⁸ Cf. *Legge Fallimentare*, art. 5-159.

⁵³⁹ Cf. *Legge Fallimentare*, art. 187-193.

⁵⁴⁰ Cf. *Legge Fallimentare*, art.67, terzo comma, d.

⁵⁴¹ Cf. *Legge Fallimentare*, art. 182-bis.

⁵⁴² Cf. *Legge Fallimentare*, art. 160-186.

⁵⁴³ A iniciativa do procedimento cabe ao próprio devedor, aos credores, ou ao promotor, tomando ciência do possível estado de insolvência em outros procedimentos e, consoante aponta Luigi Farenga, agora não se objetiva somente a satisfação dos credores, mas também o aspecto conservativo da empresa sob a noção de que esta cumpre importante papel na economia de um país (“La riforma del Diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato”, cit., **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n.145, 2007, p.14). Não obstante, a doutrina continua crítica ao sistema em relação à manutenção da atividade e da organização de bens na falência, pois, como observa Adrinana Valéria Pugliesi, “ao mesmo tempo em que tenta valorizar a salvaguarda da empresa, a falência mantém sua feição de execução coletiva. A reforma iniciada em 2005 fez sentir ao Direito falimentar italiano apenas leve brisa dos ares do moderno Direito Concursal” (**Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p.85).

procedimentos são de duas espécies: o *Prodi bis*, decorrente da revogação do sistema anterior, ocorrida em 1999, e o *Marzano*, que entrou em vigor em 2004⁵⁴⁴.

O procedimento previsto na *Legge Prodi-bis* substituiu o anteriormente previsto na *Legge Prodi*, de 1979, e pode ser iniciado pelo próprio devedor, credor, promotor ou, de ofício, pelo tribunal, conforme requisitos previstos na lei, como, dentre outros, aqueles atinentes ao número de funcionários e ao valor do passivo total, e se desenvolve somente depois de um período de observação, ao final do qual o tribunal decide sobre a possibilidade de recuperação da empresa ou a decretação de sua falência⁵⁴⁵.

Na perspectiva de saneamento, o tribunal determina a abertura do procedimento com a suspensão das ações contra o devedor durante o período de observação, nomeando-se de um a três *commissari straordinari*, dependendo da complexidade do caso, que se incumbirão da gestão da empresa dentro de um programa, sob a fiscalização do Executivo. O procedimento pode objetivar a liquidação da empresa ou sua reestruturação, caso seja possível, decidindo o governo se a empresa deve ser salva mediante a cessão dos ativos ou pela reestruturação do passivo e, nesta hipótese, deve haver a concordância da maioria dos credores à solução proposta, segundo as regras do *concordato preventivo*⁵⁴⁶; mas, a qualquer momento, mostrando-se inviável a empresa, pode a autoridade judiciária decretar a falência do devedor⁵⁴⁷.

O procedimento da *Legge Marzano*, conhecido por “*amministrazione straordinaria speciale*”, aplicável a empresas e grupos de maiores dimensões, realiza-se perante o Ministro do Desenvolvimento Econômico, sob requerimento da empresa insolvente, não havendo previsão de legitimidade por parte dos credores ou mesmo a possibilidade de ser iniciado de ofício. Concomitante à fase administrativa, deve ser acertada em juízo a verificação do estado de insolvência que justifica a administração extraordinária e, sendo este constatado, será editado decreto ministerial, bem como será determinado um programa de reestruturação, que, no caso de grupo empresarial, poderá ser único para todas

⁵⁴⁴ Cf. ABRIANI, N. et al. **Diritto fallimentare**: Manual breve. 1ª edição. Milão: Giuffrè. 2008, p.377.

⁵⁴⁵ Cf. MARTINO, Roberto. “La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prosegue il dibattito”, in **Giustizia Civile** – Rivista Mensile di Giurisprudenza. N.3. Milão: Giuffrè. Março de 2000, pp. 155-171.

⁵⁴⁶ Cf. FLESSNER, Axel. “La conservazione delle imprese attraverso il Diritto Fallimentare. Uno sguardo di Diritto comparato”, cit., **Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali**, 2009, p.8.

⁵⁴⁷ Cf. GUGLIELMUCCI, Lino. “Le procedure concursali nell’ordinamento italiano ed il progetto di riforma”, in **Anales de Derecho**. Universidad de Murcia. N.18. 2000, p.216.

as componentes ou conter programas individualizados, que podem prever a cessão total ou parcial da empresa, ou ainda o *concordato*, proponível apenas pelo comissário nomeado, e que deve ter seus termos aceitos pelos credores⁵⁴⁸.

Outro instrumento, o *piano di risanamento attestati*, desenvolve-se por via extrajudicial e, como acordo privado, não abala a reputação da empresa, dependendo, contudo, do poder de barganha do devedor. Terceiros não ficam vinculados pelo acordo, como também não há proteção do devedor em relação às pretensões de outros credores; mas, com grande vantagem, evitam-se as consequências da ação revocatória com relação aos atos de alienação do patrimônio do devedor que forem praticados com base no plano, caso cumprida a exigência quanto ao parecer de um profissional independente e qualificado, com relação à razoabilidade das obrigações assumidas e a possibilidade de serem cumpridas pelo devedor⁵⁴⁹.

Já os *acordi di ristrutturazioni dei debiti*, previstos no artigo 182-*bis* da *Legge fallimentare*, apesar de se tratarem de procedimentos extrajudiciais, dependem de homologação em juízo e do atendimento de dois requisitos básicos: que os acordos incidam sobre pelo menos 60% do passivo do devedor e que assegurem o pagamento dos outros credores que não tomaram parte no acordo⁵⁵⁰. Neste procedimento, em que não há nenhum desapossamento e nem mesmo limitação aos poderes de direção ou gestão da atividade, concede-se uma moratória ao devedor, pelo prazo de 60 dias, devendo ser atestado por um profissional independente a viabilidade do acordo e a possibilidade de pagamento regular dos credores. Os acordos realizados obrigam tão somente seus signatários, não havendo imposição aos não aderentes⁵⁵¹, mas, de forma positiva, conferem “uma certa estabilização

⁵⁴⁸ Cf. ABRIANI, N. et al. **Diritto fallimentare**: Manual breve, cit., 1ª ed., 2008, pp. 405-416.

⁵⁴⁹ Observa a doutrina que: “in questo tipo di procedura non c’è una verifica ex ante del giudice ma ci sarà una verifica ex post se le cose non andranno come devono andare, e tuttavia se quel piano è valido, chi ha operato in quel periodo è esente di responsabilità, non solo si evita l’azione revocatoria ma è esente da responsabilità se quel piano viene giudicato valido” (RUBINO, Franco. **Crisi d’impresa: ristrutturazioni e concordato preventivo**: Atti del Convegno - Cosenza 23 gennaio 2014 - a cura di Enrico Caterini (Italian Edition) (Locais do Kindle 108-110). Edizioni Scientifiche Calabresi. Edição do Kindle).

⁵⁵⁰ Cf. TARANTINO, Gianluca. “**Accordi di ristrutturazione dei debiti**”. Milão: Giuffrè. Disponível em: <<http://docplayer.it/5012140-Accordi-d-ristrutturazione-dei-debiti.html>>.

⁵⁵¹ Consoante ressalta a doutrina, “la fase esecutiva dell’accordo di ristrutturazione dei debiti non è in alcun modo disciplinata dall’art. 182-bis l. fall., né è previsto un controllo sulle modalità di esecuzione” (PERRINO, Michele. “La “crisi” delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)”, in **Giustizia Civile**: Revista Giuridica Trimestrale. ISSN 0017-0631. N.2. 2014. p.464. Disponível em: <<https://iris.unipa.it/handle/10447/96267#.Wg9Ff9KnGM8>>. Última consulta: 16/11/2017).

dos efeitos, no sentido de inatacabilidade dos atos e dos efeitos da ação revocatória no caso de falência do devedor”⁵⁵².

O *concordato* apresenta as formas falimentar e preventiva. Na modalidade suspensiva da falência, cumprido o requisito temporal em relação ao início do processo e da formação do *stato passivo*, pode um terceiro, um credor ou grupo de credores, ou ainda o próprio devedor ofertar proposta de cumprimento das obrigações e, caso o tribunal entenda que a solução possa ser vantajosa aos interesses dos credores, submete à aprovação da assembleia. No caso do *concordato preventivo* há também a possibilidade de um terceiro, o chamado “*assuntore*”, apresentar proposta aos credores para o cumprimento das obrigações do devedor⁵⁵³.

O *concordato* em qualquer de suas modalidades necessita do consenso sobre a aprovação da proposta de reestruturação pela maioria das classes de credores, acrescida, ainda, da maioria dos credores (art.177 da *Legge Fallimentare*)⁵⁵⁴. A alteração legislativa possibilitou a divisão dos credores em classes, que será feita segundo a posição jurídica e de interesses econômicos homogêneos, permitindo o tratamento diferenciado apenas para credores pertencentes a classes diversas (art. 160, 1, c e d)⁵⁵⁵.

O sistema anterior conferia grandes poderes ao tribunal no juízo de homologação, que se referiam inclusive ao “mérito” do concordato, a sua conveniência econômica⁵⁵⁶. Na atualidade, uma das questões mais debatidas no Direito Concursal italiano, entre teóricos e práticos, é sem dúvida o do papel confiado à autoridade judiciária nas várias fases do *concordato*, consistente nos limites do poder jurisdicional sobre o que a doutrina

⁵⁵² Cf. GIANELLI, Gianvito. “Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano”, in **Il diritto fallimentare e delle società commerciali**. Vol. LXXXIV. Padova. CEDAM. 2009, p.126. (Tradução livre).

⁵⁵³ Cf. art. 160, b, da *Legge Fallimentare*.

⁵⁵⁴ Conforme esclarece Gian Piero Villani, “opportunamente, quindi, il Legislatore del 2007 ha meglio precisato che ‘ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza (quella dei creditori ammessi al voto) si verifica inoltre nel maggior numero di classe’, il che rende oggi chiaro che non è solo il numero di classi a determinare le maggioranze, ma è necessaria textualmente come visto, ‘inoltre’ (che si sembra voglia significar la congiunzione ‘anche’) quella dei creditori ammessi al voto” (Cf. VILLANI, Gian Piero. “Concordato Fallimentare”, in **Il Diritto Fallimentare riformato**”. 1ª edição. Padova: CEDAM. 2008, p.90). Persiste a mesma necessidade após a alteração legislativa de 2012, com a modificação consistente no fato de que os credores ausentes devem ser considerados favoráveis (Cf. DANOVI, Alessandro. “Il concordato preventivo dopo le modifiche del ‘Decreto Sviluppo’”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni n°43, 2012, p.11).

⁵⁵⁵ Cf. DANOVI, Alessandro. “Il concordato preventivo dopo le modifiche del ‘Decreto Sviluppo’”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni n°43, 2012, p 10.

⁵⁵⁶ Cf. SACCHI, Roberto. **Il principio di maggioranza nel concordato e nell’amministrazione controllata**. Milano: Giuffrè. 1984. p.316.

chama de “*fattibilità*” do plano nas várias fases do procedimento⁵⁵⁷. Predomina, contudo, o entendimento que na concordata remanesce ao juiz a função que institucionalmente lhe incumbe, como “árbitro” em matéria de atribuição de direitos⁵⁵⁸. O tribunal cumpre a análise sobre a “*fattibilità giuridica*”, o controle de legalidade do quanto previsto no plano e da regularidade do procedimento; enquanto aos credores cabe a verificação da “*fattibilità economica*”, que chamam de “mérito” do plano, para a aceitação do seu conteúdo, a menos que, dos termos previstos na proposta ou da situação concreta da empresa, seja manifestamente inidônea a capacidade de satisfação dos credores, ainda que em medida mínima⁵⁵⁹.

Nesse contexto, referindo-se a doutrina à jurisprudência que vem se formando após as alterações legislativas de 2006, 2007 e 2012, sobre a espécie de controle que o juiz é chamado a efetuar no *concordato preventivo*, em suas várias fases e, em especial, na fase de homologação do acordo, resta evidente a limitação da atividade judicial ao controle restrito à regularidade do procedimento, a inexistência de fraude ou a violação de normas inderrogáveis e a exatidão das informações prestadas ao juízo, inclusive sobre o trabalho técnico apresentado para atestar a situação do devedor, como garantias para a correta formação do consenso⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Cf. CIERVO, Gianpaolo. “Il giudizio do fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza dela suprema corte”, in **Il nuovo Diritto delle Società**. Italia Oggi. Anno 13 – Numero 3. 4 febbraio. 2015. pp.28-29. Disponível em: <http://www.academia.edu/10837666/Il_giudizio_di_fattibilit%C3%A0_del_piano_di_concordato_preventivo_nella_recente_giurisprudenza_della_Suprema_Corte>. Último acesso em 17.11.2017.

⁵⁵⁸ Cf. FARENGA, Luigi. “La riforma del Diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato”, cit., **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n.145, 2007, p.15.

⁵⁵⁹ Cf. CIERVO, Gianpaolo. “Il giudizio do fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza dela suprema corte”, cit., in **Il nuovo Diritto delle Società**, Italia Oggi. Anno 13 – Numero 3. 4 febbraio, 2015, p.50.

⁵⁶⁰ Nesse sentido, aduz a doutrina que: “Le sezioni unite della Cassazione con sentenza del 23 gennaio del 2013 n. 1521 stabiliscono che: in tema di concordato preventivo il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dalla attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano e il rischio inerente”, devendo o juízo examinar se o acordo a que se chegou “risultino incompatibili con norme inderogabili e che sia effettiva per i creditori la garanzia di una procedura che valga ad assicurare la puntuale indicazione dei dati da parte del debitore, la corretta manifestazione di volontà da parte dei creditori, l’assenza di atti di frode o comunque illecitamente posti in essere dall’imprenditore, spettando dunque al tribunale il compito di controllare la corretta proposizione del regolare andamento della procedura, presupposto indispensabile al fine della garanzia della corretta formazione del consenso...” (VILLANACI, Geraldo. **Crisi d’impresa: ristrutturazioni e concordato preventivo**: Atti del Convegno - Cosenza 23 gennaio 2014 - a cura di Enrico Caterini (Italian Edition) (Locais do Kindle 150-158 e 200-204). Edizioni Scientifiche Calabresi. Edição do Kindle).

Dessa maneira, realizado o controle de legalidade e sobre o êxito da votação, “excluída qualquer valoração sobre o mérito”⁵⁶¹, que corresponde à conveniência da proposta apresentada, o tribunal homologa ou não o *concordato*. Veja-se que o chamado *cram down* somente é previsto para as hipóteses em que tenha havido oposição, aplicando-se apenas ao *concordato preventivo*, criando, segundo a doutrina, incompreensível diferença em relação ao *concordato fallimentare*⁵⁶². Eventual recurso da decisão de homologação deve ser apreciado pela *Corte d’appello* (art.183 da *Legge Fallimentare*)⁵⁶³.

A exata medida do poder da vontade expressa pelas maiorias no Direito italiano parece ser bem próxima àquela adotada pelo sistema brasileiro, levando à limitação dos poderes do juiz, ao qual somente é dada a apreciação da regularidade formal e material do plano. Nesse contexto, as reformas legislativas na Itália trouxeram uma maneira culturalmente diversa de enfrentar o problema da crise da empresa, introduzida pelas reformas legislativas iniciadas em 2005, fornecendo melhores instrumentos aos “protagonistas” da crise⁵⁶⁴, assim como também no Brasil.

Já se tem acenado na doutrina que o legislador da reforma abdicou o caráter publicístico do procedimento em favor daquele privado, atribuindo ao “consenso dos credores, em relação ao controle judicial, decisiva prevalência”. Nesse contexto, ao Tribunal e ao *comissario giudiziale*, deve ser atribuída uma precisa função: garantir que “*il consenso*” expresso dos credores não seja uma falsa representação da realidade⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Cf. GIANELLI, Gianvito. “Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano”, cit., in **Il diritto fallimentare e delle società commerciali**. Vol. LXXXIV. Padova, 2009, p.151. Observa o autor que se trata de “una precisa opzione di politica del diritto, che ha sicuramente una spiegazione di sistema”, que fora criado com as reformas de 2005-2007, apoiado na premissa de que as escolhas devem ser feitas por quem é melhor qualificado e, sob essa perspectiva, ninguém melhor que o próprio titular do interesse econômico subjacente, os credores, remanescendo ao tribunal poderes de controle sobre a legalidade substancial e o adequado tratamento de todos os credores (p.152).

⁵⁶² Cf. DANOVI, Alessandro. “Il concordato preventivo dopo le modifiche del ‘Decreto Sviluppo’”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni n°43, 2012, p.11.

⁵⁶³ Cf. CAFFI, Mario. “**I Concordati**”, in “Il Diritto Fallimentare riformato”. 1ª edição. Padova: CEDAM. 2008, p.109.

⁵⁶⁴ Cf. ROCCA, Gianluca. “**L’asseverazione ex art.161 L.F.**”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, p.102.

⁵⁶⁵ Cf. SCARANTINO, Silvia. “La domanda: un caso pratico di concordato preventivo”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, p.101. Ressalta a autora, também, que “il concordato preventivo non ha ad oggetto l’accertamento di un diritto soggettivo, bensì la esistenza dei presupposti – soggettivi ed oggettivi – necessari per l’ammissione alla procedura di concordato” (p.101).

4. CONCLUSÕES DA PRIMEIRA PARTE

A interação entre História e Direito permite compreender porque o aumento da complexidade das relações sociais se reflete no sistema jurídico de cada sociedade⁵⁶⁶, como em Roma, cuja expansão do comércio e do território, marcou a gradativa passagem da *ordo judiciorum privatorum* para um processo de natureza publicística.

O fortalecimento progressivo da organização política do povo romano restringiu a autotutela, cedendo lugar à execução patrimonial⁵⁶⁷, demonstrando-se a nítida tendência à humanização de seus instrumentos⁵⁶⁸, com a modificação do caráter privado, penal e pessoal do sistema de forma condizente com as realidades que se sucederam, para direcionar a execução ao fim de satisfação do exequente e à solução da crise de inadimplemento, ao invés do anterior desejo de punição, apoiado no sentimento de vingança⁵⁶⁹.

Apesar do retrocesso no início da Idade Média, pelas práticas executivas que bem demonstravam a ingerência privada e pessoal em matéria de execução no Direito Germânico, a evolução dos instrumentos postos à disposição do credor continuou sua marcha no Direito Comum, acentuando-se durante a expansão comercial ocorrida no século XIII, tornando a execução menos gravosa ao devedor⁵⁷⁰ e possibilitando o desenvolvimento dos institutos da falência e da concordata dos mercadores no Direito Estatutário italiano⁵⁷¹, uma evolução para a época, apesar de mais severos que os atuais sistemas.

⁵⁶⁶ As modificações socioeconômicas, políticas e culturais trazem reflexos ao Direito das sociedades, como também, reciprocamente, este constitui instrumento para mudanças naquelas estruturas. Não se pode dar uma resposta definitiva à pergunta: “a che funzione adempie il diritto in generale? Se non nel caso in cui posso ricavarla indutivamente dall’osservazione di tutte le formazioni sociali storicamente susseguentisi, dalle più rudimentali fino alle più sviluppatte. In tal modo guadagno l’astrazione generale della formazione sociale e contemporaneamente la funzione generale del diritto” (RENNER, Karl. **Gli istituti del Diritto Privato e la loro Funzione Sociale**. Bolonha: Mulino.1981. Tradução de C. Mittendorfer (Título original: **Die Rechtsinstitute des Privatrechts und soziale Funktion – Ein Beitrag zur Kritik bürgerlichen Rechts**, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr “Paul Siebeck”. 1929, pp. 50-51).

⁵⁶⁷ Cf. BUZUID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**, cit., 1º edição, p.143.

⁵⁶⁸ Cf. Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**, cit., 7º edição, p.31.

⁵⁶⁹ Cf. MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**, cit., 1º edição, p.85.

⁵⁷⁰ Sempre como monopólio estatal sobre a execução, com disposições que disciplinam a impenhorabilidade de bens necessários a existência condigna do cidadão, a necessidade de avaliação de bens constritos, proibição de arrematação por preço vil e com a restrição de hipóteses de prisão por dívidas condicionada a anterior condenação, dentre outras medidas, que, ao longo da história, tem demonstrado a lenta humanização dos processos de execução singulares e concursais.

⁵⁷¹ Podendo-se concluir com J. X. Carvalho de Mendonça, que “o velho direito italiano foi, pode-se dizer, o laboratório da fallencia moderna”. Como aponta o autor, nesse período, estabeleceu-se “a designação

Se é correto que a severidade das disposições do Direito Concursal está em relação direta com os tempos de crise, que lhe determinam a mais enérgica repressão⁵⁷², não é menos verdade que os períodos de expansão do comércio sempre trouxeram resultados sobre os instrumentos processuais postos à disposição do credor, já que o tratamento excessivamente rigoroso do devedor inibe o empreendedorismo e a assunção de riscos. Mas, as tendências de humanização e de patrimonialização desses instrumentos parecem também estar intimamente relacionadas à ingerência do Estado e até ao monopólio estatal dos meios de execução individual e concursal, porque somente se tornaram possíveis com a presença de Estados aptos a coibir os excessos e as consequências negativas da autotutela ou do excessivo rigor do tratamento dispensado ao credor.

É possível perceber, desta maneira, as mudanças de paradigmas e a modificação das funções dos institutos jurídicos⁵⁷³, que, especificamente no Direito Concursal, revelaram-se durante toda Antiguidade como “insolvência-sanção”, pela punição física e moral do devedor, passando para um modelo conhecido como o da “falência-liquidação”, que despontou ao final da Idade Média, para se chegar a uma maneira diferente de pensar apenas após Segunda Grande Guerra, pelo regime conhecido como da “falência-saneamento”, sob o entendimento de que deveria ser preservada a empresa economicamente viável e que deveriam ser separadas as sortes da empresa e a dos seus dirigentes, “punindo-se as faltas destes e assegurando a salvaguarda daquela”⁵⁷⁴.

normal dos syndicos; o sequestro dos bens e livros do devedor; o balanço; o exame de livros e contas; a verificação do activo e passivo; a publicidade da fallencia; o vencimento antecipado 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, salvo as preferencias hypothecarias e privilegiadas; a prestação de alimentos ao fallido em certos casos; o acordo entre o fallido e os syndicos representantes dos credores e aprovado por maioria destes, obrigando a todos os outros ausentes e dissidentes; a cessão de bens concedida aos fallidos causaes, etc.etc. (**Tratado de Direito Comercial**, cit., vol. III, 5ª ed., 1954, p.19).

⁵⁷² Cf. PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**, cit., vol. I., 3ª ed., 1955, p. 61.

⁵⁷³ Consoante aponta Karl Renner, com relação ao aspecto funcional dos institutos jurídicos, que “ogni singola funzione, che è storicamente condizionata, ha la própria posizione nella totalità e viene pienamente illuminata solamente da essa; lo schema delle funzioni ha perlomeno un valore orientativo. In che maniera può venire esposta una concreta particolarità se non mediante un rapporto di riflesso alla totalità?” Complementa o autor afirmando que cada instituto jurídico corresponde a um complexo de normas e ainda que ele permaneça constante apesar da mudança de sua função econômica, seja por restrição ou mesmo pelo alargamento ou até na sua falta, nos encontramos diante de modificações da sua função social. Pode-se assim constatar uma dupla possibilidade, de mudança da norma e da função do instituto, devendo a ciência jurídica estudar como uma condiciona a outra e com qual regularidade ocorre a evolução (**Gli istituti del Diritto Privato e la loro Funzione Sociale**, cit.,1981, pp. 60-61).

⁵⁷⁴ Cf. SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Viana. “Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português”, cit., in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, nº 36, 2007, p.227. No mesmo sentido: CERZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações**, cit., 1ª ed., pp.82-83.

Estaríamos, agora, como ponderam João Calvoso da Silva e Frederico Viana Rodrigues, diante da “reconsideração do paradigma concursal, fundado na eficiência”, com base na maximização do valor econômico da empresa e supremacia da deliberação dos credores?

Os modelos do Direito Concursal do passado e da atualidade⁵⁷⁵ evidenciam a existência de um fio condutor, representado pela busca da eficiência econômica dos meios processuais empregados para a superação dos problemas atinentes à crise do devedor. Mas, discordando da conclusão a que chegaram os juristas mencionados, nem todos os sistemas baseiam-se unicamente na proeminência da vontade dos credores; na atualidade, essa busca da eficiência tem encontrado no consensualismo um dos seus caminhos em muitos ordenamentos, apoiado sobre a ideia de que somente o aspecto colaborativo dos envolvidos na atividade empresarial pode levar à eficiente recuperação⁵⁷⁶.

E os caminhos contemporâneos para alcançar a eficiência, que poderão no futuro, quem sabe, tender a aproximação⁵⁷⁷, hoje se refletem nas diferentes medidas adotadas e nas combinações de técnicas jurídicas de conservação da empresa⁵⁷⁸, como também nos diferentes poderes conferidos aos sujeitos do processo de solução da crise. Com efeito, em alguns sistemas conferem-se muitos poderes ao juiz, enquanto outros preponderam os interesses das partes, em consenso ou aos credores de forma destacada.

⁵⁷⁵ Agora no contexto do chamado Direito da Empresa em Crise.

⁵⁷⁶ Em todo caso, é preciso compreender a necessidade de estimular os credores a maiores sacrifícios em prol do reerguimento do devedor e de novos investimentos, absolutamente indispensáveis para o processo de recuperação da empresa, e a certeza de que a confiança entre os parceiros constitui a via mais eficaz para vencer as dificuldades (Cf. JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 5º ed., 2007, p.19).

⁵⁷⁷ Processos eficientes contribuem para a solução da crise econômico-financeira vivenciada pelo devedor e, nesse contexto, aponta Todd Zywicki que, em decorrência da globalização da economia, os sistemas concursais tenderiam a se uniformizar, não em relação ao estilo norte-americano, mas em direção a uma convergência global, que não seriam tão favoráveis ao devedor, como nos Estados Unidos, nem tão insuficientemente a favor destes, como nos sistemas europeus. O sistema de política econômica globalizada tenderia a recompensar políticas econômicas eficientes. Textualmente, afirma o autor que “The overall effect of globalization, therefore, probably will not be to create a uniform trend toward American-style bankruptcy systems. Rather, the likely result will be global convergence of bankruptcy regimes. Regimes that are excessively prodebtor, such as the United States, will tend to become less so; regimes that are insufficiently prodebtor, such as Europe, will tend to liberalize. The effect of globalization will be to establish a process of competition in economic policy that will tend to reward countries that adopt efficient economic policies and punish those that do not” (“The past, present, and future of bankruptcy law in America”, cit., in **Michigan Law Review** 101, n.6 (2003), p.2036).

⁵⁷⁸ Cf. FLESSNER, Axel. “La conservazione delle imprese attraverso il Diritto Fallimentare. Uno sguardo di Diritto comparato”, cit., **Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali**, 2009, p.6.

Assim é o Direito francês, que, apesar de conferir prerrogativas às partes, atribui ao Tribunal maiores poderes para determinar se o devedor pode ser reerguido ou se está diante de hipótese de liquidação, a ponto de ser chamado de “magistratura econômica”; enquanto outros sistemas, como o Direito Alemão e os que nele se inspiraram, atribuem a uma das partes posição de maior relevância, especialmente aos credores, pondo em suas mãos, em última análise, os destinos da empresa; e, por fim, sistemas mais equilibrados, que dividem prerrogativas entre as partes, especialmente na situação de consenso, atribuindo também poderes ao Judiciário, para que considere os interesses de todos os envolvidos na crise e o propósito principal de preservação da empresa, desde que viável, como é o caso do Direito norte-americano.

Não é por acaso que em alguns países a recuperação do devedor é uma opção à satisfação do credor, como o alemão, o italiano e o português⁵⁷⁹, e, em outros, prioriza-se o salvamento da empresa, como os Estados Unidos e a França⁵⁸⁰, que têm como vetor principal a preservação da empresa e como meios primordiais processos que objetivam o consenso entre credores e o devedor, combinando a solução consensual com a outorga, ainda que em medidas diferentes, de poderes ao Judiciário, para assegurar a realização dos diversos interesses em questão⁵⁸¹.

A evolução do Direito brasileiro⁵⁸² demonstra, nos principais institutos dos anteriores sistemas concursais, que a solução da crise da empresa pela consensualidade

⁵⁷⁹ Cf. MACÍAS, Isabel Candelario. **II Diritto Concorsale in Europa**. 1ª edição. Padova: CEDAM. 2001, p.198.

⁵⁸⁰ Outro exemplo de sistema que tem como principal objetivo o salvamento da empresa é o Direito belga. Aponta a doutrina, tratando da transferência da empresa sob a autoridade da justiça como forma de reorganização judiciária da empresa em crise, que “le législateur entend assurer à tout prix le maintien de l’activité économique d’abord, avec l’emploi y attaché, et ensuite veiller aux intérêts de créanciers” (Cf. GODFROID, Yves. “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice”, in THIRION, Nicolas, coord., **“Reorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualisés et pratique”**. V. 120. Liège: Athemis. 2010, p. 173).

⁵⁸¹ Quanto aos resultados positivos de sistemas mais equilibrados, estudos de Direito Comparado demonstram que soluções voltadas precipuamente para a liquidação não produzem melhores resultados financeiros do que procedimentos coletivos judiciais envolvendo a negociação entre as partes, pois, consoante a doutrina: “While protecting creditors is always a right policy choice that enhances the supply of credit, a carefully crafted collective bankruptcy statute that balances the rights of creditors and debtors equally promote credit availability. In addition, such collective procedure provides creditors with higher recovery rates in financial distress and significantly lowers the cost of capital. There is no evidence that auction bankruptcy does the same. Overall, efficient collective procedures are more equitable and more conducive to financial development than divisive auction bankruptcies” (AZAR, Ziad Raymond. “Bankruptcy policy: an empirical investigation of 50 jurisdictions worldwide”, in **American Bankruptcy Law Journal** 82 (2008), p.4. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1079724>>. Último acesso em: 15.11.2017.).

⁵⁸² Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macroempresa**, cit., 1ª ed., 1970, pp.98-101. Tradicionalmente, como aponta Comparato, “o objetivo da falência como processo especial de execução do comerciante insolvente é proteger os interesses dos credores, ou interesses do devedor.

encontrou poucos e mal desenvolvidos precedentes em nosso passado próximo⁵⁸³. Na atualidade, apesar das inúmeras lacunas do Direito vigente e dos problemas que ensejam as críticas da doutrina⁵⁸⁴ e de outros que por vezes transcendem a mera disciplina traçada pelo legislador, apoia-se sobre o sistema de negociação estruturada, seguindo tendências desenvolvidas em outros países e decorrendo, inclusive, da orientação de organismos internacionais, harmonizando-se, sob uma perspectiva mais ampla, com outros meios de solução de controvérsias, diversos dos sistemas de soluções adjudicadas, bastante desenvolvidos em outros países, onde têm demonstrado resultados surpreendentes.

Difícilmente ambos” (p.95). Complementa o autor, com a constatação do movimento pendular da legislação falimentar em nosso país, ora protegendo o insolvente, ora seus credores, “ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento” (p.98), sem que se reconheça a empresa como um “centro de múltiplos interesses - do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral - desvinculando-se da pessoa do empresário (p.102).

⁵⁸³ Como vimos, alguns sistemas anteriores do Direito Concursal brasileiro atribuíram aos credores, com exclusividade, conceder ou recusar a concordata, caso proposta pelo devedor, como o Código Comercial de 1850, sistema que foi mantido pelo Decreto n.917/1890, pela Lei n.2.024/1908 e pelo Decreto n.5.647/1929.

⁵⁸⁴ Dentre esses problemas, consoante pondera José Marcelo Martins Proença, está a preocupação com a manutenção da fonte produtiva, dos empregos e da função social de agentes econômicos não empresários, pessoas físicas ou jurídicas, como as sociedades simples, associações, cooperativas e fundações, que não podem se valer da recuperação judicial, consoante se extrai do art. 1º da LRE (Cf. PROENÇA, José Marcelo Martins. “Os novos horizontes do Direito Concursal – Uma crítica ao continuísmo prescrito pela Lei 11.101/05”, cit., *in* Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, coordenadores, **Direito Recuperacional. Aspectos Teóricos e Práticos**, 1ª ed, v.2, 2009, pp.196-204)

PARTE II

A COEXISTÊNCIA TEÓRICA DA JURISDIÇÃO E DA CONSENSUALIDADE NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

5. A NATUREZA DA TUTELA PRESTADA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL 6. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E A LIMITAÇÃO DO PODER DECISÓRIO DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL 7. CONCLUSÕES DA SEGUNDA PARTE

5. A NATUREZA DA TUTELA PRESTADA NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Sumário: 5.1 As funções do Estado: jurisdição, legislação e administração 5.2 A jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária 5.3 A tutela prestada no processo de recuperação judicial de empresas 5.3.1 A tutela prestada na recuperação judicial como atividade jurisdicional 5.3.2 A tutela prestada na recuperação judicial como jurisdição contenciosa 5.4 A existência de fase decisória na recuperação judicial.

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui elemento fundamental do sistema processual e, mais amplamente, um dos pilares sobre o qual se apoia o Estado de Direito⁵⁸⁵, garantindo a qualquer cidadão que não seja excluído da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

Não obstante, o atual sistema concursal brasileiro, introduzido pela LRE, apostando na possibilidade de conciliação das prioridades de preservação da empresa e de proteção ao crédito, seguiu modelo que implica na redução de poderes decisórios do Juiz diante da crise da empresa, com a opção pelo caminho do consensualismo, ainda que apoiado na aplicação do princípio majoritário, como principal instrumento de uma das grandes vertentes do chamado Direito da Empresa em Crise.

Para demonstrar se é possível, ao menos teoricamente, a coexistência entre esse sistema de solução negociada (consensualismo) e o exercício da jurisdição, é necessário averiguar, antes, a premissa básica que se refere à natureza da atividade do juiz na recuperação judicial, demonstrando se é realmente jurisdicional ou, ao contrário, admitindo que se trata de administração pública de interesses privados. A resposta a essa indagação leva à outra proposição fundamental, consistente na averiguação do acerto da orientação doutrinária que entende inexistir fase decisória no processo de recuperação judicial.

⁵⁸⁵ Como pondera Dinamarco, “conscientes da necessidade da tutela jurisdicional institucionalizada como fator de paz na sociedade, os povos obtêm do Estado solenes promessas de dispensá-la e pautar o exercício da jurisdição por certas linhas capazes de assegurar a boa qualidade dos resultados”. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p. 112).

As respostas a essas indagações, como premissas a serem fixadas, são imprescindíveis à busca de solução, no capítulo seguinte, para a grande questão: haveria fundamento jurídico-constitucional para restringir o poder decisório do juiz na recuperação judicial sem que se fale em ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional?

5.1 As funções do Estado: Jurisdição, legislação e administração

Se diferentes fatores marcam os contornos do Estado moderno, evidenciando as realidades que se refletem na intensidade e nas formas de sua intervenção na vida da sociedade⁵⁸⁶, não é menos verdade que, embora uno o poder estatal, tal unicidade não leva à indivisibilidade do poder nos regimes democráticos, que deve ser balanceado pelo sistema de freios e contrapesos, para que o seu exercício se dê de forma equilibrada e moderada⁵⁸⁷.

As funções desempenhadas pelo Estado referem-se à tripartição dos poderes e assumem a forma de atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais, que se distinguem, ainda que por critérios de preponderância, pela natureza do serviço prestado e da função exercida⁵⁸⁸, embora existam algumas situações em que a atividade típica de um dos poderes deva ser exercida por outro⁵⁸⁹.

Nesse contexto, como pondera Araken de Assis, “nem toda atividade jurisdicional confia-se aos órgãos do Poder Judiciário, e nem toda atividade do Poder Judiciário merece o rótulo de jurisdicional”⁵⁹⁰. Como uma das expressões do poder estatal

⁵⁸⁶ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.141.

⁵⁸⁷ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina. 2003, pp.558-559. Como esclarece o autor, a ideia de governo moderado é “centrada no balanço e controlo recíproco de poderes” e se configura e concretiza de forma diversa nos vários ordenamentos constitucionais, mas com fundamentos em comum, que se referem a um “complexo sistema de corresponsabilidades e interdependências”, “um sistema de balanço” entre os órgãos para a escolha, nomeação ou manutenção nos cargos de governo e a divisão de poderes dentro de um mesmo poder.

⁵⁸⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., 14ª ed., 2009, pp.135-139.

⁵⁸⁹ Cf. VERDE, Giovanni. **Profili del Processo Civile**. 2ª edição. Napoles: Jovene. 1988. p.39. No dizer do autor: “a maggior ragione, poi, la tripartizione appare uno schema astratto nello Stato moderno, che ha sempre più esteso i suoi compiti, arrogandosi funzioni un tempo non immaginabili. È così, che da un lato si dubita che le funzioni dello Stato siano soltanto tre (aggiungendosi, a quella tradizionali, almeno la funzione di governo) e dall’altro lato riesce sempre più difficile stabilire i confini tra l’una e l’altra”.

⁵⁹⁰ ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 19ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, pp.536-537.

ou, mais propriamente, um poder-dever⁵⁹¹, a jurisdição constitui uma das funções essenciais do Estado⁵⁹² e, portanto, de natureza pública⁵⁹³, que tem objetivos próprios que se inserem no campo jurídico, porque se apresenta por regra como atividade de resolução de conflitos entre sujeitos⁵⁹⁴, mediante a aplicação de normas substanciais destinadas a regular aquela espécie de relação material⁵⁹⁵. Utiliza-se a expressão “por regra” porque, conforme será sustentado, nem sempre a jurisdição aparece como forma direta de resolução de conflitos, porque pode simplesmente prevenir a sua ocorrência, evitando a violação de direitos, ou mesmo apenas conferir segurança jurídica via declaração, constituição, modificação ou extinção de relações ou estados jurídicos.

Por outro lado, tratar da edição de regras gerais e abstratas é função legislativa, que não deve ser desenvolvida com base em conflitos específicos já ocorridos, embora possam estes servir de fonte de inspiração ou mesmo de motivação para o legislador, já que o tratamento dos conflitos de forma concreta constitui, via de regra⁵⁹⁶, atividade judicial. Embora a criação do direito objetivo constitua função legislativa, por vezes pode ser exercida pelo Executivo, como nas hipóteses de edição de medidas provisórias ou decretos, ou ainda mesmo pelo Judiciário, como no caso da redação dos respectivos regimentos internos.

Certas situações escapam à regra que tem como critério diferenciador das atividades do Legislativo e do Judiciário o tratamento em abstrato ou em concreto das situações de litigiosidade⁵⁹⁷; tome-se, por exemplo, os dissídios coletivos do trabalho, que

⁵⁹¹ Cf. BORGES, Marcos Afonso. Jurisdição Voluntária. Direito Processual Civil. Conferências, in **Revista de Processo**, Vol. 11-12. São Paulo: RT. Julho - dezembro de 1978, p. 210.

⁵⁹² Cf. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade Civil do juiz**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 172. Consoante esclarece o autor, “embora parte da doutrina identifique o serviço público com a atividade administrativa do Estado, o fato é que seu conceito não exclui de modo algum a atividade jurisdicional. Na verdade, pode-se afirmar que existem três tipos de serviços públicos essenciais: o Administrativo, o Legislativo e o Jurisdicional”.

⁵⁹³ Cf. PISANI, Andrea Proto. “Publico e privato nel processo civile”, in **Revista de Processo** 207. Maio. 2012, p.283.

⁵⁹⁴ Cf. ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 19ª ed., cit., 2017, pp.109-110. Consoante leciona Arakem de Assis: “O importante serviço público mantido pelo Estado para solucionar conflitos designa-se de jurisdição. O étimo da palavra é enganoso e não retrata, absolutamente, a multiplicidade das tarefas do órgão judiciário, nem sequer sua função primordial”. E complementa, aduzindo: “Em princípio, portanto, a jurisdição se destina a formar comandos jurídicos complementares e, encarada funcionalmente, ultima-se através de um ‘juízo’” (pp.109-110).

⁵⁹⁵ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, cit., 1ª ed., p.136.

⁵⁹⁶ Há exceções, contudo, como as hipóteses de julgamento do *impeachment*, que são julgadas pelo legislativo (Cf. LIMA, Alcides de Mendonça. Jurisdição Voluntária. Doutrina nacional. Direito Processual Civil, in **Revista de Processo** 17. São Paulo: RT, p.26).

⁵⁹⁷ Cf. ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**. Madri: Aguilar.1966, p.80.

se aplicam também a situações futuras e a um número indeterminado de pessoas; o controle concentrado de constitucionalidade e o caráter vinculante de suas decisões para futuros conflitos que versem sobre a mesma matéria (CF, art.102, §3º)⁵⁹⁸; vejam-se, também, os efeitos processuais das decisões do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo ou negando a repercussão geral de questão constitucional debatida, que certamente se projetam sobre outros recursos extraordinários que versam sobre idêntica controvérsia⁵⁹⁹, ou as hipóteses de súmulas vinculantes (CF, art. 103-A) ou mesmo em relação aos recursos repetitivos (CPC, art. 1036)⁶⁰⁰, que contrariam a assertiva de que o Judiciário somente agiria diante de lides específicas, com atuação de forma concreta.

Em relação à atividade administrativa, também há a aproximação com a função jurisdicional, não somente pela atuação em concreto, mas devido à observância dos ditames contidos na lei, que devem reger o desempenho das duas funções, sejam como limites, para a primeira, ou escopos, para a segunda. A administração, conferida normalmente ao Executivo, não se pode olvidar, também tem que ser realizada pelo Legislativo ou pelo Judiciário em algumas situações de âmbito interno desses poderes; tome-se como exemplo a administração dos serviços da justiça, o poder de polícia nas audiências e sessões etc⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.144. Esclarece Yarshell que nem mesmo a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, aproveitada também por sujeitos determinados, na forma prevista pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99, contraria a possibilidade de atuação em caráter abstrato por parte do Judiciário no controle de constitucionalidade, porque também a modulação é feita de forma geral e abstrata.

⁵⁹⁹ Cf. PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos processuais no controle de constitucionalidade**. 1ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica. 2014, pp.138-139. A eficácia processual de decisão do STF, tomada pelo plenário ou pela turma, como leciona Alessandra Pignatari, recaem sobre o próprio recurso extraordinário e também sobre outros recursos, que tratam de controvérsia idêntica, que podem não ser conhecidos de plano, se não houver específicos argumentos novos; podem levar à inadmissão automática de recursos suspensos nos tribunais inferiores, embora não haja propriamente o efeito vinculante do pronunciamento paradigma; ou, ainda, à retratação ou a modificação da decisão anterior pelo próprio tribunal que a proferiu. Nas palavras da doutrinadora: "...podemos afirmar que o resultado desse julgamento pelo STF (reconhecedor - ou não - da repercussão geral) se expande para além do caso examinado e alcança outros recursos extraordinários que não foram diretamente julgados pelo STF, ou seja, a decisão relativa à repercussão geral não se confina à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes; e embora não projete efeitos *erga omnes*, pode ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas, exercendo, no mínimo - forte influência em julgamentos futuros".

⁶⁰⁰ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.144. Menciona o autor, ainda, como exceções à atuação em concreto do Judiciário as hipóteses dos processos coletivos, cujas decisões se aplicam *erga omnes*; a edição de regras gerais e abstratas constantes dos regimentos internos dos tribunais, assim como a atribuição de competência normativa e consultiva ao Tribunal Superior Eleitoral (Lei n. 4.737/65) (p.144).

⁶⁰¹ Cf. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1959, p.131.

A doutrina tem apontado como critério menos impreciso para a distinção entre a atividade administrativa e a jurisdicional, o caráter de substitutividade⁶⁰² desta, uma vez que a atuação do Estado não se daria no interesse próprio, mas como verdadeiro terceiro⁶⁰³, que se substitui aos sujeitos da controvérsia, com a finalidade de eliminá-la, aplicando o direito objetivo⁶⁰⁴. Na administração não haveria substituição, mas atividade autônoma imposta pela lei aos órgãos públicos, exercida por conta própria, destinada a atender seus interesses, como parte de um conflito⁶⁰⁵.

5.2 A jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária

Tendo em conta a divisão das funções do Estado moderno, caracterizada por critério de preponderâncias, e centrando o enfoque na atividade do Poder Judiciário, para estabelecer premissas, é preciso esclarecer as diferenças entre a jurisdição contenciosa e a voluntária.

Pela ausência de litigiosidade na jurisdição voluntária⁶⁰⁶, diz-se que esta constitui uma forma de prevenir lesões a direitos, evitando futuros conflitos com base na atividade prestada pelo Judiciário, tendente a constituir relações jurídicas, modificar ou

⁶⁰² Procedendo ao acerto, como enfatiza a doutrina, o juiz “substitui-se a ambas as partes, estabelecendo a certeza quanto à existência ou não, da relação entre elas e lhes prefixando, em concreto, o devido comportamento recíproco (processo de ação declaratória)” (Cf. PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira. **Estudo sobre a sentença constitutiva**. Dissertação de concurso à cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1973, p.119).

⁶⁰³ Cf. MICHELI, Gian Antonio. “Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria”, *in Rivista di Diritto Processuale* 2, nº1. Padova: CEDAM. 1947, pp. 25-26. A diferença específica entre jurisdição e administração, consoante observa Micheli, consiste no fato de que na primeira, “diversamente da quanto avviene nella seconda, l’organo statale persegue il soddisfacimento di un interesse pubblico che non è quello di ciascuna della parti in causa ma che è, in certo senso, indifferente agli interessi in conflitto, essendo esso rivolto alla attuazione del diritto objetivo, e cioè a dare ragione a chi l’ha; in altri termini, ad attuare concretamente quell’interesse che ha già ricevuto un riconoscimento giuridico nel momento della posizione della norma giuridica”.

⁶⁰⁴ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.146; VERDE, Giovanni. **Profili del Processo Civile**, cit., 2ª ed., 1988, p.41; MONTELEONE. Girolamo A. **Diritto Processuale Civile**. 3ª edição. Padova: CEDAM. 2002, p.14.

⁶⁰⁵ Cf. ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**, cit., 1966, p.76. O que distingue jurisdição e administração, consoante esclarece o autor, é a posição do agente, o primeiro frente às partes e, o segundo, como parte (p.77).

⁶⁰⁶ A expressão jurisdição voluntária, como esclarece a doutrina, “remonta ao Direito Romano, de fonte atribuída a Marciano (*Digesto*, 1, 16, 2)”, e também é sinônima de jurisdição graciosa ou jurisdição administrativa. Como esclarece o autor, essa origem é discutida, tendo-se admitido que somente teria surgido efetivamente a dicotomia entre a jurisdição contenciosa e a voluntária no período pós-clássico do Direito Romano (LIMA, Alcides de Mendonça. *Publico e privato nel processo civile*”, cit., *in Revista de Processo* 207, 2012, p. 28).

desenvolver relações já existentes, tornando possível a realização ou a complementação de negócios jurídicos⁶⁰⁷. A atuação estatal na chamada jurisdição voluntária⁶⁰⁸ não se dá com base em um conflito instaurado e nem realiza a pretensão de uma parte em face de outra, pelo que a doutrina afirma que a diferença entre as modalidades de jurisdição funda-se na “distinção entre conflito existente e conflito potencial de interesses”⁶⁰⁹.

Conforme classificação abrangente empreendida por Leonardo Greco, a jurisdição voluntária se refere à atividade receptícia, como as notificações e interpelações; probatória, a exemplo da produção antecipada de prova ou da justificação; declaratória, como o registro de testamento ou a extinção de usufruto; constitutiva, como a emancipação ou a alienação de bens de incapazes; executória, como, *v.g.*, as arrecadações e alienações na herança jacente ou de bens de ausentes, ou ainda exclusivamente tutelar, como a nomeação ou a remoção de tutores⁶¹⁰.

Muito se tem debatido sobre a distinção entre a jurisdição contenciosa e a voluntária e, principalmente, sobre a sua natureza, que, para alguns doutrinadores⁶¹¹, seria tão somente atividade administrativa ou mais propriamente uma das espécies de um gênero maior, relativo a atos de administração pública de interesses privados⁶¹²(corrente

⁶⁰⁷ Cf. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, cit., 2ª ed., 1959, pp.70 e 72.

⁶⁰⁸ A jurisdição voluntária agora vem regida pelo disposto nos artigos 719 a 770 do CPC.

⁶⁰⁹ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução da 5ª edição italiana por Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda. 1999, p.75.

⁶¹⁰ Cf. GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. 1ª edição. São Paulo: Dialética. 2003, pp.27-29.

⁶¹¹ Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v.1, pp. 31-32; MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas. 10º edição. 2004, p.21; MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, cit., 2ª ed., 1959; ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. “Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria”, in **Studi in onore di Enrico Redenti**. V. I. 1951, pp.1-55; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.47-52; LIMA, Alcides de Mendonça. Publico e privato nel processo civile”, cit., in **Revista de Processo** 207, 2012, pp. 25-40; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. Tradução brasileira. 1ª edição. São Paulo. 1942, pp.28-29; REGO, Hermenegildo de Souza. Existe Jurisdição Voluntária? Doutrina nacional. Direito Processual Civil, in **Revista de Processo** 42. São Paulo: RT, p.120; COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 1ª edição. Buenos Aires: Depalma. 1981, p.30; GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Obra traduzida para o espanhol por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor.1936, p.126; SÁ, Djanira Maria Radamés de. “O Ministério Público e os procedimentos de jurisdição voluntária”, in **DEJURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. n. 7. Julho - Dezembro de 2006, pp.36-44; PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira. **Estudo sobre a sentença constitutiva**, cit., 1973, p.61; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**, cit., 2º ed., pp.248-249.

⁶¹² A denominação “administração pública de interesses privados”, conforme esclarece José Frederico Marques, teria sido utilizada por Guido Zanobini em um trabalho de Direito Administrativo, publicado em 1918, no qual o concluiu que alguns atos praticados pelo Estado seriam jurisdicionais por lhes faltar a natureza discricionária da atividade administrativa, como, *p.ex.*, a emancipação, a autorização para

administrativista), ou, para outros⁶¹³, como verdadeira atividade jurisdicional (corrente jurisdicionalista), ou, ainda, como uma espécie que não se amolda perfeitamente a nenhuma das funções típicas do Estado (corrente autonomista).

Assim, para parte da doutrina, a administração pública de direitos privados pode ser feita por órgãos não judiciais, como no caso de notários, tabeliães e outros serventuários do foro extrajudicial, ou exercida por órgãos judiciais, hipótese em que é chamada de “jurisdição voluntária”⁶¹⁴. A intervenção dessas atividades se daria para um simples controle de legitimidade dos atos jurídicos, para a apreciação que pode recair sobre o mérito e o conteúdo do próprio ato ou, ainda, para “dar vida a relações jurídicas”, em interferência que teria por finalidade evitar o distanciamento entre os interesses privados e públicos⁶¹⁵.

Para os adeptos da corrente administrativista, pressuposto do processo seria o litígio e, o da jurisdição voluntária, o negócio⁶¹⁶; por consequência, nesta não haveria processo, mas simples procedimento⁶¹⁷; não haveria partes, tão somente interessados, e suas decisões não estão cobertas pela coisa julgada material⁶¹⁸, mas apenas formal⁶¹⁹; seria

menores exercerem o comércio etc. Posteriormente, em trabalho escrito em 1943, diante das críticas da doutrina da época, Zanobini teria voltado atrás, afirmando que a jurisdição voluntária era substancial e formalmente administrativa, apesar de sua competência ser atribuída a órgãos jurisdicionais (Cf. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, cit., 2ª ed., 1959, pp.75-76).

⁶¹³ Nesse sentido: CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**, cit., tradução da 5ª edição italiana, 1999, p.75; YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.14; SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. I. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, pp.41-50; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. “Jurisdição Voluntária, Jurisdição e lide”. Doutrina nacional. Direito Processual Civil. **Revista de Processo 37**. São Paulo: RT, p. 84; ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**, cit., 1966, p. 96; BORGES, Marcos Afonso. **Jurisdição Voluntária**. Direito Processual Civil. Conferências, cit., in **Revista de Processo**, v. 11-12., 1978, p.219; MICHELI, Gian Antonio. “Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria”, cit., in **Rivista di Diritto Processuale 2**, 1947, pp.18-45; PRATA, Edson. **Jurisdição voluntária**. 1ª edição. São Paulo: Universitária. 1979, p.76; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. XVI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p.5; GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**, cit., 1ª ed., 2003, p.18; MONTELEONE. Girolamo A. **Diritto Processuale Civile**, cit., 3ª ed., 2002, p.1230.

⁶¹⁴ Cf. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, cit., 2ª ed., 1959, pp.108. Com base na lição de Zanobini, Frederico Marques esclarece que a administração pública de interesses privados estaria atribuída a órgãos judiciários, órgãos dependentes da autoridade judiciária (do foro extrajudicial) e órgãos não dependentes do Poder Judiciário (A obra referida: ZANOBINI, Guido. **Curso de Direito Administrativo**. 1950, pp.176-177).

⁶¹⁵ Cf. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, cit., 2ª ed., 1959, pp.103-105 e 107.

⁶¹⁶ Cf. ALCALÁ-ZAMORRA y CASTILLO, Niceto. “Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria”, cit., in **Studi in onore di Enrico Redenti**, v. I, 1951, p.33.

⁶¹⁷ Cf. MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**, cit., 10ª edição, 2004, p.22.

⁶¹⁸ Menciona Couture que “los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen ciertos elementos formales de la jurisdicción pero, en virtud de no adquirir autoridad de cosa juzgada, pertenecen a la función administrativa” (Cf. COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, cit., 1ª ed., 1981, p.35).

⁶¹⁹ Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**, cit., 17ª ed., 2010, p.47.

inadequado, inclusive, falar no exercício do direito de ação quando se trata de jurisdição voluntária⁶²⁰.

Nesse sentido, o enquadramento da jurisdição voluntária como atividade administrativa se justificaria, na visão de Liebman, porque, apesar de atribuída aos juízes e realizada mediante formas judiciais, estaria destinada ao cuidado e proteção a determinados interesses privados que seriam relevantes para o Estado, como, p.ex., os interesses dos menores ou de incapazes. Para o jurista, o simples fato de ser confiada a função a um juiz não seria o bastante para alcunhar de jurisdicional essa atividade⁶²¹.

Ellio Fazzalari classifica a jurisdição voluntária como atividade atípica do Estado, que não se amolda à administrativa ou à jurisdicional, formando um gênero autônomo. Conforme o autor, a redução de toda a atividade do Estado à clássica tripartição impede a individualização de outras essenciais categorias de atividades, como a do Ministério Público, a dos órgãos que aplicam as penas impostas aos condenados etc, que revelariam “*una propria definitiva fisionomia*”⁶²².

Contudo, é de se ponderar que o posicionamento autonomista contraria a visão da tripartição de poderes do Estado, tal como concebida por Montesquieu, olvidando os traços idênticos aos da jurisdição contenciosa ou mesmo não logrando demonstrar características próprias dessas atividades, que as distinguiriam das atividades administrativa e jurisdicional.

Por fim, para a corrente jurisdicionalista, a jurisdição voluntária consistiria em verdadeira expressão da jurisdição, porque a atuação do juiz é a de terceiro imparcial, por não ter interesse nas relações jurídicas subjacentes, havendo substituição à atuação das partes para a aplicação do direito objetivo.

⁶²⁰ Cf. ALCALÁ-ZAMORRA y CASTILLO, Nicetop.35. Menciona o autor que não haveria direito de ação, tão somente “*instancia, solicitud, petición, pedimento o requerimento*” (p.36).

⁶²¹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, cit., tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, v.1, 2º ed., 1985, pp. 31-32.

⁶²² Afirma Fazzalari que “dalle distinzioni di sostanza e forma questa fondamentale attività dello stato, há avuto, appunto, il destino segnato: spezzata in più tronconi per essere assunta nell’ordine giurisdizionale in base all’elemento soggettivo ed in quello amministrativo in base alla c.d. sostanza, essa atende tuttora di essere conosciuta nella sua unità e ragguagliata alle altre attività parimenti assunte nella loro completezza, per rivelare una propria e definitiva fisionomia” (Cf. FAZZALARI, Ellio. **La giurisdizione volontaria**. Padova: CEDAM. 1962, p.28).

Parece evidente que há graus diversos de interesse público que podem incidir sobre as relações privadas, que variam conforme os valores que podem estar envolvidos ou mesmo o potencial de litigiosidade das relações desenvolvidas entre os particulares⁶²³. Nesse sentido, a grande maioria dos negócios celebrados entre as pessoas não requer a participação de nenhum dos agentes do Estado; outros há, entretanto, que não se realizam senão estiverem presentes órgãos diversos do Poder Judiciário, como, p. ex., a constituição formal de uma pessoa jurídica, que se dá com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente; ou, ainda, negócios sob os quais deve haver o controle de órgãos do chamado foro extrajudicial, como a transmissão da propriedade de bens imóveis, que necessariamente deve ser averbada no serviço registral; e, por último, atos que devem sofrer o controle judicial direto, como, p. ex. a venda de bem de incapaz.

Há, portanto, intensidades diferentes de interesse público que podem incidir sobre as relações entre particulares, que, à medida que se intensifica esse interesse, passam a ser colocadas frente à fiscalização de órgãos públicos, dentre estes o Judiciário, quando se afigura necessário o controle preventivo à violação de determinados direitos ou a contenção de situações que têm potencial de litigiosidade acentuado. Como tem dito a doutrina, “a interferência do Estado na concretização de negócios jurídicos é diretamente proporcional à importância” que se lhes atribuem e, no degrau mais alto dessa interferência, está a jurisdição voluntária, pela qual é controlada a conformidade entre os atos e a lei⁶²⁴.

Contrária à tese que atribui o caráter jurisdicional à jurisdição voluntária, segundo os administrativistas, seria a característica da discricionariedade, presente nos atos administrativos, que cederia espaço à apreciação da oportunidade e conveniência do ato requerido, porque o juiz, ao apreciar um pedido dessa espécie, não buscaria seus fundamentos apenas na lei⁶²⁵.

⁶²³ Consoante explica Leonardo Greco, “abrangência dos atos da vida privada, cuja existência, validade ou eficácia fica sujeita à documentação, autorização, aprovação ou homologação de uma autoridade, varia de um país para outro em função da tradição e também do grau de intervenção estatal nas relações jurídicas privadas e da tutela que o Estado avoca para si a respeito de determinadas relações jurídicas privadas, as quais, pela sua relevância para os próprios titulares e para a sociedade como um todo, resolve submeter à sua vigilância” (Cf. GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**, cit., 1ª ed., 2003, p.14).

⁶²⁴ Nesse sentido: COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, cit., 1ª ed., 1981, p.53; REGO, Hermenegildo de Souza. Existe Jurisdição Voluntária? Doutrina nacional. Direito Processual Civil, in **Revista de Processo** 42, p. 114. Consoante este último autor, jurisdição voluntária pode ser conceituada como “função estatal de interferência acautelatória, exercida por órgãos judiciais, na constituição, modificação ou extinção de estados e relações jurídicas” (p.114).

⁶²⁵ Cf. PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira. **Estudo sobre a sentença constitutiva**, cit., 1973, p.62.

Pondera Ovídio Batista que o sistema romano-canônico é todo concebido sob o paradigma da separação de poderes e de atribuição ao Poder Judiciário da função de declarar a “vontade da lei”, não lhe sobrando margem para qualquer discricionariedade ou para a criação do Direito, pois, do contrário, ter-se-ia que admitir que o sistema jurídico seria um organismo incompletamente formado. Manifestando sua contrariedade a essa visão do Direito, conclui o autor que a jurisdição voluntária não seria vista como uma forma de jurisdição por grande parte da doutrina, porque nela haveria atividade tipicamente discricionária⁶²⁶.

Mas, será que efetivamente existe margem para a apreciação da oportunidade e conveniência na jurisdição voluntária? Pode o julgador se afastar da lei? Em se tratando de jurisdição voluntária, há mais de uma opção que possa ser escolhida?

A princípio, não pode o juiz se afastar da lei, fazer da sentença fonte de direitos, sob pena de exercer função legislativa e comprometer o equilíbrio entre os poderes ao se desviar de sua função declaratória. Não se olvida que a jurisprudência pode ser fonte formal de direito, quando explicita os princípios gerais que devem incidir sobre a interpretação das leis e até mesmo quando contraria disposições expressas, se incompatíveis com os princípios constitucionais ou quando necessária a adaptação da norma às novas condições sociais⁶²⁷; contudo, o caminho a ser trilhado, até mesmo na jurisdição voluntária, encontra-se no Direito.

Veja-se que o eventual indeferimento da pretensão, na jurisdição voluntária, somente poderia ocorrer quando contrário aos interesses daquele a quem se pretende proteger ou de possíveis terceiros que poderiam ser prejudicados nas hipóteses de constituição, modificação ou extinção de determinados estados ou negócios jurídicos⁶²⁸; como esses interesses são juridicamente protegidos, mais não se faz na jurisdição voluntária do que a aplicação do direito objetivo à pretensão concreta trazida a juízo. Não há que se

⁶²⁶ Cf. SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil**, cit., v. I, 6ª ed., 2003, pp.49-50.

⁶²⁷ Cf. ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**, cit., 1966, pp.80-81.

⁶²⁸ Também em sede de jurisdição voluntária, como esclarece Micheli, “il giudice agisce perché l’ordine giuridico deve essere attuato mediante l’attuazione in concreto di quella norma che riconosce una certa forma di tutela. Salvo che, nell’ipotesi in esame, quella tutela non è necessariamente rivolta ad assicurare la prevalenza di un interesse su di un altro, bensì a porre in essere le condizioni, stabilite dalla legge, affinché un dato interesse riceva quella protezione che l’ordine giuridico mira ad assicurargli” (Cf. MICHELI, Gian Antonio. “Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria”, cit., in **Rivista di Diritto Processuale** 2, 1947, p.28).

falar, na jurisdição voluntária, de discricionariedade do julgador, que tem sua atividade determinada pelo Direito para a eleição da opção apta à proteção dos interesses que devem ser tutelados.

Coerentemente, não há que se excluir a qualidade de parte ao interessado que vem a juízo pleitear uma tutela tida como jurisdição voluntária; lembremos, primeiramente, que, embora não tenha o autor uma pretensão dirigida em face de determinada pessoa, por não haver propriamente a anterior violação de um direito, há um interesse insatisfeito que move o pleito de quem vem a juízo. Em todas as modalidades de processos da chamada jurisdição voluntária, existe em tese a possibilidade de alguém se opor à pretensão deduzida, tanto que se determina a citação dos interessados e do Ministério Público (art. 721 do CPC), o que demonstra que aquele que pede pode ser apenas um dos sujeitos envolvidos, parte de uma situação, que, mesmo consensual, pode se tornar litigiosa. Deste modo, na jurisdição voluntária, há partes⁶²⁹, existe uma pretensão (pedido), ensejado por uma causa, o que demonstra que o interessado exercita o direito de ação⁶³⁰, formando-se a relação jurídica processual, cuja resposta estatal deve ser tomada como ato de jurisdição. O que pode não existir é a angularidade, porque o que se pleiteia “mais depende do sujeito da relação jurídica do que da atitude, positiva ou negativa, de outrem”⁶³¹.

Dizer que na jurisdição contenciosa existe conflito e que na voluntária inexistente litígio⁶³², não nos parece que seja uma assertiva inteiramente correta, porque pode haver absoluto consenso em hipóteses da chamada jurisdição contenciosa, como, por exemplo, na concordância expressa ao pedido ou na ausência de contestação, situações em que não se duvidaria da jurisdicionalidade da tutela prestada pelo magistrado.

Por outro lado, a ausência de litígio na jurisdição voluntária pode não persistir até o final do processo, encontrando resistência a pretensão do autor. Imaginemos, conforme

⁶²⁹ Veja-se, como pondera Ovídio Baptista, que, se “quisermos “significar com o conceito de partes aqueles que participam da relação processual, no sentido de participarem dela como sujeitos, não vemos inconveniente em afirmar que a jurisdição voluntária compõe-se também de partes. Está claro que, por ser voluntária a jurisdição, não haverá aqui partes em conflito, justamente porque é o conflito que define a jurisdição contenciosa. Mas não se demonstrou que só exista jurisdição quando haja conflito de interesses” (Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, cit., v. I, 6ª ed., 2003, pp.45-46).

⁶³⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. XVI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p.5.

⁶³¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. XVI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p.3.

⁶³² Cf. LIMA, Alcides de Mendonça. *Jurisdição Voluntária*. Doutrina nacional. *Direito Processual Civil*, cit., in **Revista de Processo** 17, p. 36.

exemplo de Mendonça Lima, o caso dos avós paternos e maternos que disputam a nomeação para a função de tutor; diz o referido autor que haveria apenas controvérsia, porque a “disputa se circunscreve à designação de um ou de outro para o mesmo cargo”, o objetivo principal, que no caso seria a proteção do menor, é mesmo para ambos. Todavia, o exemplo fornecido bem demonstra que pode haver litígio, ainda que em relação à parte do objeto do processo. Nesse exemplo, inclusive, com a litigiosidade presente implicaria em reconhecer que a jurisdição passa a ser contenciosa e não voluntária. Assim, também em outras hipóteses classificadas como jurisdição voluntária, como, p. ex., o inventário, pode dar lugar a inúmeras controvérsias.

Da relação jurídica processual instaurada na dita jurisdição voluntária resultam poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeições aos interessados⁶³³, o que leva a crer que não se trata de mero procedimento, mas que há relação processual e atividade que se desenvolve com oportunidade ao contraditório, ainda que não haja litígio.

A distinção entre a tutela prestada na jurisdição voluntária e aquela realizada nas ações que almejam tutelas constitutivas necessárias, para os que vêm na primeira função administrativa, seria o fato de que haveria litígio decorrente da oposição do Estado à modificação ou alteração da situação jurídica existente⁶³⁴; contudo, essa ideia não condiz com a realidade, porque não há propriamente oposição por parte do Estado; o que ocorre, aliás, nas duas espécies de tutelas mencionadas, é que o Estado protege determinados interesses pelo valor que representam ou pelo potencial conflitivo de algumas relações, exigindo o controle judicial para a constituição, modificação ou extinção de determinados direitos ou relações jurídicas.

Já se disse que onde há coisa julgada há jurisdição e onde não há, não existe função jurisdicional⁶³⁵; contudo, é preciso lembrar, conforme pondera Dinamarco, que a coisa julgada constitui uma exigência política e não jurídica⁶³⁶ e não se pode concluir que a

⁶³³ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.150.

⁶³⁴ Cf. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, cit., 2ª ed., 1959, p.120.

⁶³⁵ Cf. COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, cit., 1ª ed., 1981, p.43.

⁶³⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., 14ª ed., 2009, p.146.

ausência de coisa julgada para a jurisdição voluntária retira a imperatividade das decisões proferidas nessa espécie de processos ou que elas não se estabilizariam.

O escopo preventivo da jurisdição voluntária e a função repressiva contenciosa⁶³⁷, em regra, também não as distingue, porque muitos são os exemplos de atividade contenciosa preventiva, como no caso das cautelares ou da chamada “declaratória pura”⁶³⁸.

Pode-se dizer, assim, que existem traços em comum que aproximam a jurisdição voluntária da contenciosa, como as formas de exercício e a competência atribuída ao juiz como sujeito imparcial, uma situação a resolver e, principalmente, a identidade de escopos sociais, que se referem à pacificação, coincidências que levam à reflexão sobre uma “possível unidade básica da jurisdição contenciosa e voluntária, considerando-a como única função com diversos modos de exercício”⁶³⁹. As diferenças entre as duas formas de jurisdição evidenciam que a presença ou a ausência de litigiosidade é relevante para o processo, mas não permite concluir que na jurisdição voluntária não há jurisdição, ação e processo⁶⁴⁰.

5.3 A tutela prestada no processo de recuperação judicial de empresas

Com base nas premissas até aqui expostas e considerando a presença evidente da consensualidade no processo de recuperação judicial, externada pela adesão dos credores à proposta do devedor comum ou deste à modificação da proposta levada a efeito pelos credores, conforme os termos por eles sugeridos, cabe indagar: a atuação judicial no processo

⁶³⁷ Afirma Goldschmidt que se poderia resumir a oposição real entre a jurisdição contenciosa e a voluntária mediante a expressão de repressão ou compensação para a primeira e de prevenção para a segunda (Cf. GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**, cit., traduzida para o espanhol por Leonardo Pietro Castro, 1936, p.126.

⁶³⁸ Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, cit., v. I, 6ª ed., 2003, p.45.

⁶³⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, cit., 14ª ed., 2009, pp.144-145 e 148. A ideia de unidade básica entre as duas modalidades de jurisdição, expressada por Dinamarco, conforme menciona o autor, é partilhada por Gelsi Bidart, em trabalho encaminhado ao 3º Congresso Internacional de Direito Processual, intitulado “De los efectos de las providencias de jurisdicción voluntaria”, n.9, p.385.

⁶⁴⁰ Como pondera Marcos Afonso Borges, o exercício do direito de ação, como uma das espécies do direito de petição, se dá porque ela não é endereçada à parte contrária ou ao adversário, mas ao Estado-Juiz, o que se exterioriza por meio do processo, que terá por escopo a aplicação da lei ao caso concreto. Chega o autor também à conclusão de que na jurisdição voluntária haverá jurisdição, ação e processo (BORGES, Marcos Afonso. *Jurisdição Voluntária. Direito Processual Civil. Conferências*, cit., in **Revista de Processo**, v. 11-12., 1978, p.219).

de recuperação constitui uma forma de administração pública de interesses privados ou representa tutela jurisdicional?

5.3.1 A tutela prestada na recuperação judicial como atividade jurisdicional

Ainda que se tenha em conta a importância dos interesses individuais do devedor e dos credores na recuperação judicial, tal fato não leva a concluir que a atividade judicial desenvolvida nessa espécie de processo constitui administração pública de interesses privados.

O processo de recuperação, porque voltado à formação de consenso entre as partes envolvidas para enfrentar a crise vivenciada pelo devedor, equaciona restrições aos direitos dos credores, ainda que consentidas, em favor do reerguimento da empresa. Não se poderia impor restrições por vezes tão drásticas, se não fosse de modo consentido pela unanimidade ou ao menos pela maioria dos titulares dos direitos atingidos, consoante aplicação do princípio majoritário⁶⁴¹.

Contudo, a atividade judicial no processo de recuperação não se restringe à administração pública de interesses privados: primeiro, porque não se trata de administração; segundo, porque não estão envolvidos apenas interesses privados.

A possibilidade da ausência de litígio no processo de recuperação, não aproxima a atividade judicial nele desenvolvida à função administrativa do Estado.

Embora a ideia de litigiosidade tenha inspirado muitos juristas ao ponto de se conceber o escopo do processo como a justa composição da lide, não escapou à percepção de Calamandrei a existência de processos sem lide. Nesse sentido, criticando o pensamento inicial de Carnelutti sobre a jurisdição, que seria concebível apenas onde houvesse lide, cita o doutrinador como exemplo os casos em que se espera uma tutela constitutiva necessária,

⁶⁴¹ Conforme leciona Roberto Sacchi, o Direito Privado se funda sobre uma rigorosa tutela da autonomia individual, pela qual ninguém pode ser obrigado senão pela própria vontade. O princípio majoritário, ao contrário, leva “all’assoggetamento della minoranza assente o dissenziente alla maggioranza, in quanto i componenti di questa minoranza sono vincolati da una volontà manifestata unilateralmente da altri soggetti, gli appartenenti alla maggioranza, in assenza o addirittura in contrasto con la volontà manifesta dagli appartenenti alla minoranza”. Tal fato, como aponta, “implica una limitazione dell’autonomia privata”, que, na opinião do autor, não se basearia no Direito Público, mas no próprio Direito Privado (**Il principio di maggioranza nel concordato e nell’amministrazione controllata**, cit., 1984, pp.1 e 3)

para os quais é indispensável a atuação do Estado; conforme argumenta, o monopólio do exercício da função jurisdicional conferiu um conteúdo de maior amplitude ao conceito de jurisdição⁶⁴², que de forma alguma poderia se reduzir à decisão de lides.

Carnelutti, em estudos posteriores, aderiu ao entendimento de que a jurisdição inclui a atividade preventiva, que proporciona segurança às relações e evita injustiças, afirmando como diferença entre o processo contencioso e o voluntário apenas o fato de que, em um, o litígio é existente, enquanto que, no outro, seria potencial. O conflito de interesses estaria representado pela incompatibilidade resultante da satisfação de um, que impossibilita ou limita a satisfação do outro⁶⁴³.

Por outro lado, deve-se ponderar que na própria conceituação da jurisdição como forma de solução de conflitos já há apoio à tese de que somente há atividade jurisdicional onde há lide⁶⁴⁴. Parece, contudo, que a ausência de controvérsia, conforme se tem sustentado, pode alterar o modo de ser do processo, mas não retira o caráter jurisdicional da tutela nele prestada, que se evidencia como poder-dever do Estado de aplicação do direito objetivo aos casos concretos em atividade substitutiva a das partes⁶⁴⁵. A acentuação da ingerência do Estado na vida das pessoas, decorrente da complexidade do desenvolvimento social, evidenciou também o correspondente alargamento do conteúdo da função jurisdicional, de

⁶⁴² Afirma Piero Calamandrei que “riducendo la giurisdizione a pura decisione di liti, sia tornato alla vecchia concezione della doutrina e pratica del processo italiano medievale, che non vedeva funzione giurisdizionale se non là dove fosse definizione di controversie, e che coerentemente poneva nella contenziosità il critério distintivo tra la giurisdizione vera e propria e la cosiddetta iurisdiction voluntaria”, o que, como conclui o autor, “appare oggi fondalmente inadeguata a spiegare la posizione della amministrazione della giustizia nel moderno Stato di diritto, il quale, rivendicando a sè como esclusivo monopolio l’esercizio della funzione giurisdizionale, le há dato un contenuto più ampio e pienamente intelligibile soltanto se coordinato con le altre manifestazioni della sovranità” (“Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”, cit., in **Rivista di Diritto Processuale Civile**, vol. V, parte I, 1928, pp. 6-7).

⁶⁴³ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**, cit., tradução da 5ª edição italiana, 1999, p.75.

⁶⁴⁴ Como pondera a doutrina, quase todos os nossos grandes doutrinadores, com raras exceções, restringem o conceito de jurisdição e perpetuam a dependência dessa atividade, ao nível conceitual, da preexistência de um litígio (Cf. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. “Jurisdição Voluntária, Jurisdição e lide”. Doutrina nacional. Direito Processual Civil, cit., in **Revista de Processo 37**, p. 73).

⁶⁴⁵ Como sintetiza Tomás Francisco de Madureira Pará Filho, “para explicar a atividade jurisdicional, na complexidade de seus diversos aspectos, as doutrinas podem ser reduzidas, em linhas muito sumárias, a duas posições fundamentais, ora acentuando na tutela dos direitos subjetivos, ameaçados ou violados, o escopo da jurisdição, ora entendendo-a dirigida à atuação do direito objetivo (esta, a orientação predominante), mas desdobrando-se em numerosas variantes” (**Estudo sobre a sentença constitutiva**, cit., 1973, p.120).

forma a possibilitar a realização das garantias de aplicação do Direito⁶⁴⁶, condicionadas por escopos de interesses jurídico e social⁶⁴⁷.

Nesse sentido, o ideal de conformação do Direito deve partir de uma concepção contemporânea de jurisdição, concretizando o Direito, como observa Leonel, “a partir de valores fundamentais assentados na ordem constitucional, respeitadas as eficácias previstas para as normas da Constituição” e conferindo conteúdo “aos conceitos jurídicos abertos ou carentes de determinação”⁶⁴⁸.

Além desses escopos e da imperatividade, também característicos das decisões proferidas no processo de recuperação judicial, a demonstrar o seu caráter jurisdicional, pode-se acrescentar a substitutividade da intervenção do Estado, que não atua em seu nome ou no interesse próprio, mas na qualidade de sujeito imparcial, o que evidencia que não estamos diante de administração pública de interesses privados, mas também de relevantes interesses públicos na manutenção da fonte produtora de riquezas e geradora de empregos, proporcionados pela preservação de empresas viáveis, para que possam cumprir sua função social e estimular a atividade econômica.

Como pondera Hernando D. Echandia, não há diferenças substanciais entre a tutela prestada pelo juiz quando decide um conflito ou quando confere a certeza jurídica a determinada relação, ou especifica seu conteúdo, ou produz efeitos constitutivos ou legaliza a transferência de bens em uma herança⁶⁴⁹. Sob o aspecto orgânico ou estrutural, ainda que

⁶⁴⁶ Cf. PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira. **Estudo sobre a sentença constitutiva**, cit., 1973, pp.120 e 122.

⁶⁴⁷ A pacificação parece ser o escopo social a ser almejado, a evidenciar, também, o caráter jurisdicional da atividade desenvolvida pelo Judiciário na recuperação judicial. É preciso dizer, como aponta Francesco Carnelutti, que a justiça e a certeza das relações constituem condições da paz social, que evitam a explosão do conflito de interesses na lide, “algo para o bem de todos que deve ser evitado...” (**Instituições do Processo Civil**, cit., tradução da 5ª edição italiana, 1999, p.96).

⁶⁴⁸ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p.30. Como pondera o autor, “na sociedade moderna, dinâmica, globalizada, suscetível de instabilidades e a conflitos de massa, algo mais é necessário. Para que o processo cumpra seus escopos (político, jurídico e social), além do alcance da tutela jurisdicional no plano jurídico e prático, é importante que a jurisdição desempenhe seu papel não apenas na perspectiva de cada litigante (microscópica), mas sim do próprio sistema jurídico, político e social (macroscópica)” (p.44).

⁶⁴⁹ Como observa Echandia, “reducir el cocepto de jurisdición exclusivamente a los casos en que se desee sentencia para lograr soluciones a un litigio entre demandante y demandado (adversus volentes), es aceptar un rezago del concepto de que el fin del proceso y de la jurisdicción és la composición del litigio, rezago que la doctrina contemporânea ya há desechado. Para nosotros, no existe diferencia sustancial entre el acto del juez que resuelve un litigio y el que da certeza jurídica a un derecho, o precisa su contenido, o produce efectos constitutivos, o legaliza la tradición de los bienes de una herancia. En ambos casos, administra justicia; hace actuar la norma objetiva sobre el caso concreto; persigue la realización del derecho y primordialmente el interés del Estado que tende a este fin se consiga, y solo de manera secundaria satisfíase el interés privado de

se tratasse somente de interesses privados, é possível concluir que há tutela jurisdicional mesmo que não haja litígio, “desde que exercida por órgãos e funcionários revestidos das garantias necessárias a exercer essa tutela com absolutas independência e impessoalidade, exclusivamente no interesse dos seus destinatários”⁶⁵⁰. Isso não permite deduzir que será jurisdicional a atividade sempre que exercida pelo Judiciário, mas apenas naquelas funções de conteúdo decisório, desenvolvidas no processo permeado por um sistema de princípios, garantias, de observância a direitos subjetivos e regras de controle⁶⁵¹ que possibilitem a imparcialidade.

Como adverte Monteleone, a imparcialidade não é apenas imposta por uma ou outra lei, é condição sem a qual não existe juízo ou jurisdição⁶⁵².

E é justamente o fator de imparcialidade do Judiciário que permite concluir ser jurisdicional a atividade desenvolvida no processo de recuperação judicial, que incide sobre a análise de questões vitais, dentre outras, aquelas relacionadas à regularidade de todo o processo, até chegar no momento culminante da apreciação da decisão da assembleia de credores, para homologá-la ou não, decidindo, por exemplo, sobre alegações de abuso de direito ou de fraude, que podem interferir na esfera jurídica daqueles atingidos pela crise da empresa.

5.3.2 A tutela prestada na recuperação judicial como jurisdição contenciosa

Se é jurisdicional a tutela prestada no processo de recuperação judicial, cabe agora indagar: trata-se de jurisdição voluntária ou contenciosa?

Veja-se que alguns autores têm visto nas tutelas judiciais conferidas em institutos semelhantes ao da recuperação judicial brasileira, como o *concordato preventivo* italiano⁶⁵³,

las partes” (Cf. ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**, cit., 1966, p. 96).

⁶⁵⁰ Cf. GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**, cit., 1ª ed., 2003, p.18.

⁶⁵¹ Cf. GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**, cit., 1ª ed., 2003, p.20.

⁶⁵² Cf. MONTELEONE. Girolamo A., cit., 3ª ed., 2002, p.14.

⁶⁵³ Nesse sentido: FAZZALARI, Ellio. **La giurisdizione volontaria** cit., 1962, p.43; CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**, cit., tradução da 5ª edição italiana, 1999, p.95.

os *convênios de quita y espera* ou de *suspención de pagos* do Direito espanhol⁶⁵⁴ ou o *concordato judicial* argentino⁶⁵⁵, típica atividade de jurisdição voluntária.

De forma mais ampla, para o processo civil, Alcalá-Zamorra indaga se a simples intervenção judicial e a observância de formas procedimentais seriam suficientes para imprimir o caráter processual à homologação de alguma modalidade autocompositiva, e sua conclusão é negativa, porque, segundo entende, não haveria processo sem litígio, mas simples jurisdição voluntária, representada por provimento que seria judicial, mas não jurisdicional⁶⁵⁶.

É preciso ter em mente, como já apregoado, que o processo de recuperação judicial, diferentemente dos meios autocompositivos ou mesmo heterocompositivos, representa uma forma mista de solução de controvérsias, que combina, em medidas variáveis no caso concreto, consensualidade e jurisdição, alinhando-se nesse aspecto às legislações concursais de outros países e, em maior abrangência, convergente com a concepção contemporânea de jurisdição, consentânea com a evolução das incessantes alterações socioeconômicas e culturais.

Assim como nas concordatas preventiva e suspensiva da nossa legislação anterior, que já se mostravam como processos que não podiam ser classificados como de jurisdição voluntária⁶⁵⁷, em vista da situação de conflito de interesses, da mesma forma se deve concluir em relação à recuperação judicial prevista na legislação vigente, que congrega posições que se encontram diametralmente contrapostas.

Como pondera Stefano Ambrosini para o Direito italiano, com argumentos que podem ser aproveitados para a recuperação judicial do sistema brasileiro, o *concordato preventivo* naquele país não pode ser definido ‘*sic et simpliciter*’” como “um contrato entre

⁶⁵⁴ Cf. ALCALÁ-ZAMORRA y CASTILLO, Niceto. “Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria”, cit., in **Studi in onore di Enrico Redenti**, v. I, 1951, p. 43.

⁶⁵⁵ Nesse sentido: COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, cit., 1ª ed., 1981, p.47.

⁶⁵⁶ Cf. ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**, cit., 2ª ed., p.185-186.

⁶⁵⁷ Cf. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**, cit., 2ª ed., 1959, pp.260-261. Menciona o autor que no processo de concordata haviam simultâneas lides para serem decididas, “como sempre sucede nos juízos concursais” (p.261).

sujeitos privados”, não somente porque não produziria efeitos na ausência de homologação por parte do Judiciário, mas também porque não teria valor frente aos credores dissidentes⁶⁵⁸.

Nesse ponto, reside a diferença fundamental entre a tutela prestada na chamada jurisdição voluntária e a que é conferida pelo Judiciário no processo de recuperação judicial, na primeira não há litígio porque não se pede nada ao confronto de alguém, diferentemente desta, na qual são evidentemente antagônicas as posições dos credores e do devedor comum e, ainda que haja consenso, há pretensão deste em face daqueles, tendente a alterar aspectos de obrigações regularmente constituídas, atinentes a prazos de vencimentos, valores, modo de cumprimento etc, que darão origem, inclusive, a novas obrigações. Veja-se que esse aspecto serve não somente para distinguir a atuação do Juiz na jurisdição voluntária e em outros processos do gênero contencioso de jurisdição, a existência ou não de disputa entre duas esferas jurídicas, ideia disseminada por Chiovenda⁶⁵⁹ e por Goldschmidt⁶⁶⁰.

A pretensão em face de outrem pode ou não gerar a litigiosidade, a depender da resistência apresentada pela parte adversa, mas a simples constatação de que existe parte adversa, deve transformar o processo, cercando-o de maiores garantias, de forma a possibilitar o tratamento igualitário entre as partes diante do Judiciário e garantir solução efetivamente justa⁶⁶¹. Veja-se que o processo de jurisdição voluntária é menos formal e mais flexível, se comparado aos processos de jurisdição contenciosa; mas se houver resistência diante da pretensão do autor, essa diferença desaparece e a tutela que nele se confere será típica jurisdição contenciosa.

Sustentamos que o processo de recuperação judicial, pelo fato de ser um meio de solução de controvérsias que se vale da consensualidade, para que se chegue ao objetivo maior de dar solução à crise da empresa, deve ter características peculiares, que o distinguem dos demais processos contenciosos, mas tal conclusão não implica reconhecer que a atividade judicial nele desenvolvida constitua a chamada jurisdição voluntária. Se visto o

⁶⁵⁸ Cf. AMBROSINI, Stefano. “Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di interferenza tra diritto concorsuale e disciplina codicista”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, p.29.

⁶⁵⁹ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. “Giurisdizione volontaria e competenza”, in **Riv.Diritto Proc.** 1925, parte II, p.277.

⁶⁶⁰ Cf. GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**, cit., traduzida para o espanhol por Leonardo Pietro Castro, 1936, p.126.

⁶⁶¹ A justiça é um conceito bilateral, não se concebendo algo que seja justo para um sem sê-lo para outro; deve haver, nesse sentido, correspondência da solução com os valores últimos ou finais que inspiram o ordenamento jurídico (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, cit., 4ª ed, 2013, pp. 250 e 252).

conflito como “toda pretensão resistida ou toda pretensão insatisfeita”⁶⁶², forçoso constatar a latente contraposição de interesses no processo de recuperação judicial, ainda que haja consenso⁶⁶³, justamente porque nele o autor apresenta pretensão que pode ser resistida, porque não trará alterações jurídicas apenas em sua esfera, mas também na esfera jurídica de outros envolvidos.

Portanto, com base no estudo realizado sobre as características da atividade desenvolvida no processo, nos objetivos almejados pelo legislador, de maior amplitude que a simples atuação dos interesses privados em causa, bem como da análise dos próprios conceitos possíveis de tutela jurisdicional e de sua concepção contemporânea, chega-se à conclusão de que toda atividade desenvolvida no processo de recuperação judicial, qualquer que seja a solução final, representa verdadeiramente jurisdição contenciosa, ainda que se pense no principal instrumento para atingir os fins do processo, o consenso.

5.4 A existência de fase decisória na recuperação judicial

Cumpr agora esclarecer se a atividade homologatória da deliberação da assembleia de credores na recuperação judicial chega ou não a constituir uma verdadeira fase decisória no processo de recuperação judicial.

Costuma a doutrina se referir, sobre o *iter* procedimental da recuperação judicial, às fases postulatória, deliberativa e executória⁶⁶⁴ e as possíveis sentenças⁶⁶⁵. A fase postulatória teria início com o ajuizamento do pedido e se encerraria com o final do prazo para as objeções ao plano de recuperação (art. 55 da LRE); a fase deliberativa incluiria a assembleia de credores, quando necessária, e terminaria com a decisão de homologação de

⁶⁶² Cf. COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, cit., 1ª ed., 1981, p.43.

⁶⁶³ É preciso lembrar, ainda, como tem apontado a doutrina, que assunção de formas contenciosas não constitui elemento necessário e suficiente para definir a natureza jurídica do provimento e do respectivo processo (Cf. MICHELI, Gian Antonio. “Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria”, cit., in **Rivista di Diritto Processuale** 2, 1947, p.45).

⁶⁶⁴ Cf. COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p.171.

⁶⁶⁵ Seriam quatro as sentenças possíveis na recuperação judicial: aquela que indefere o processamento da recuperação judicial pelo procedimento ordinário (art. 52 da LRF); aquela que concede a recuperação judicial (art.59, §1º, da LRF); a que decreta a falência no decorrer do processo de recuperação (arts.73 e 94, III, alínea “g”, da LRF); e a que encerra o processo de recuperação (art. 63 da LRF) (Cf. VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**, cit., p.159).

suas deliberações, para a concessão da recuperação (art.58), e a fase de execução⁶⁶⁶ se refere ao cumprimento das obrigações assumidas no plano, durante o período de dois anos, que se estende desde a concessão da recuperação até o encerramento do processo (art.63)⁶⁶⁷.

No entanto, sob essa ótica, observamos que estão incluídas em uma mesma fase a deliberação da assembleia e a decisão que concede ou não a recuperação. Não haveria, desta maneira, fase decisória na recuperação judicial?

Contrariamente ao que já se afirmou na doutrina⁶⁶⁸, respeitosa, concluímos que o acordo entre devedor e credores não se encontra pronto tão logo seja aceita a proposta pela maioria dos credores ou, por outras palavras, não somente a oferta e a aceitação são os elementos constitutivos do negócio realizado.

Veja-se que o poder da assembleia geral, apesar de ser deliberativo, não substitui a atividade decisória do Judiciário, posto que a litigiosidade que deriva do conflito de interesses, existente no caso concreto ou potencial, bem como o sistema criado pela lei, torna necessário o exercício da atividade imparcial do juiz, ainda que obedeça a procedimento que muito diverge do comum aos outros processos⁶⁶⁹. Fala-se, assim, nas finalidades públicas do

⁶⁶⁶ A fase de cumprimento do plano aprovado não existe nos sistemas norte-americano, alemão e italiano. Na Itália, por exemplo, após a aprovação do *concordato preventivo* e a sua homologação, encerra-se o processo, a menos que haja previsão para cessão de bens e essa previsão não seja precisa, hipótese em que o Tribunal nomeia um liquidante e um comitê de credores para a liquidação, que devem se guiar pelas previsões da proposta concordatária ou, na ausência, pelas determinações contidas na decisão de homologação da proposta (Cf. ZINGARI, Gianpiero. “Il mandato di liquidazione dei beni e i vincoli rispetto alla proposta concordatária”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, p.117)

⁶⁶⁷ Nesse sentido: ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Do caráter extraconcursal dos créditos falimentares decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p.40; SILVA, José Anchieta. “O plano de recuperação judicial (O plano além do plano)”, in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei n°11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.377.

⁶⁶⁸ Discorrendo sobre a natureza jurídica do acordo preventivo argentino, Daniel Roque Vítolo afirma: “Tampoco que se trata de una integración procesal, porque no es un trámite procesal el que da existencia al acuerdo preventivo judicial, ya que – de hecho – el acuerdo preventivo existe a partir de que el deudor há obtenido la conformidad de las mayorías de la ley...” (Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2009. p.142). Nesse sentido, também, Alfredo Rocco, sustentando que o *concordato* se encontra tão pronto quando a proposta dos credores é aceita pela maioria dos credores (Cf. ROCCO, Alfredo. **Il concordato nel fallimento e prima del fallimento**. Torino: Fratelli Bocca. 1902, p. 92 e s.s.)

⁶⁶⁹ Pondere-se, como observa Ronaldo Vasconcelos, “que eventual disparidade de tratamento estabelecida entre um procedimento na fase de instrução ordinária do Código de Processo Civil, em comparação a outro tipificado pela Lei de Recuperação e Falências (em idêntica fase instrutória), não comprometem a integridade do postulado do devido processo legal, desde que exista lógica e eficiente justificativa para o tratamento diferenciado. Em sentido diverso, pode haver procedimentos diferentes que proporcionem as mesmas garantias e, portanto, se mostrem consentâneos ao princípio do devido processo

processo, que, como sublinha a doutrina, “não poderão jamais ser colocadas em posição de desprestígio por conta dos interesses particulares dos sujeitos diretamente envolvidos no caso”⁶⁷⁰.

Não é demais lembrar que as atividades das partes perseguem interesses próprios, bem mais limitados, enquanto a jurisdição almeja escopos superiores do Estado na realização da justiça⁶⁷¹ e a motivação das decisões judiciais permite controlar os pressupostos valorativos das escolhas na atividade jurisdicional, “um filtro de seus componentes jurídicos e políticos”⁶⁷².

Pode-se, sim, desta maneira, sustentar a existência de fase decisória na recuperação judicial, vez que o controle judicial exercido nesse momento, não somente formal, mas também substancial, não se vincula necessariamente ao quanto fora previsto no plano e deliberado pela assembleia; tenha-se em mente os casos em que se reconhece o abuso do direito de voto na assembleia de credores, fato que pode alterar os resultados apurados quanto à deliberação proposta, e os casos de fraude, em que legítimos interesses de terceiros ou de parcelas de credores minoritários são atingidos.

Embora a lei se refira apenas à decisão que concede a recuperação judicial⁶⁷³, não a identificando expressamente como sentença, também não há que se cogitar tratar-se de decisão interlocutória⁶⁷⁴, apesar de não haver dúvida alguma de que se trata de decisão de mérito. Na sistemática do CPC, constituem sentença, ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” (art.203, parágrafo 1º).

legal”, o que, acrescentamos, condiz efetivamente com a instrumentalidade do processo (**Princípios processuais da recuperação judicial**, cit., p.19).

⁶⁷⁰ Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. 1ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002, p.121.

⁶⁷¹ Cf. CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”, cit., *in Rivista di Diritto Processuale Civile* V- Parte I, 1928, p.26. Na realidade, como sustenta Calamandrei, “se si esclude il giudice, nel quale dovrebbe concretamente personificarsi questo superiore interesse della giustizia che é proprio dello Stato, tutti gli altri sogetti perseguono nel processo scopi più limitati e più grettamente egoistici, talvolta in contrasto (se pur non confessato) con quello superiore”.

⁶⁷² Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia Costituzionale dell’azione ed il processo civile**. Padova: Cedam. 1970, p.30.

⁶⁷³ Cf. arts. 59, parágrafos 1º e 2º e 61, ambos da Lei 11.101/05.

⁶⁷⁴ Nesse sentido, também: BARROS NETO, Geraldo Fonseca. **Aspectos processuais da recuperação judicial**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. 2012, p.139.

Veja-se que o processo de recuperação ostenta procedimento especial, mas não contém a LRE disposições que determinem que a concessão ou rejeição da recuperação sejam determinadas por decisão interlocutória. Com a decisão que homologa a deliberação da assembleia de credores, encerra-se a fase cognitiva do processo, acolhendo ou rejeitando o pedido formulado na ação (art.487, I, do CPC). Parece correto, assim, concluir que se trata de sentença a decisão que concede ou nega a recuperação judicial.

E essa sentença, que resolve o mérito do processo, concedendo a recuperação ou decretando a quebra, é predominantemente constitutiva⁶⁷⁵, vez que constitui uma situação jurídica nova⁶⁷⁶, que altera as relações entre devedor e seus credores, gerando o estado de recuperação judicial ou falimentar, apesar de se consubstanciar, no caso da decisão concessiva, em título executivo judicial (art.73 da LRE), ou ato judicial deflagrador da execução concursal, no caso de quebra.

A jurisdicionalidade da decisão que concede ou nega a recuperação, com todos os seus efeitos substanciais e processuais, torna evidente a existência de fase decisória nessa espécie de processo até mesmo nas hipóteses de deliberação unânime ou em que não há impugnação à decisão da assembleia por credor dissidente e até mesmo naquelas em que sequer houve objeção ao plano proposto pelo devedor, eis que pode haver desconformidade entre a deliberação (expressa ou tácita) e o direito⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ Idem, p.141.

⁶⁷⁶ Consoante pondera Ronaldo Vasconcelos, embora se referindo apenas à sentença declaratória de falência, mas também aplicável à sentença que concede a recuperação judicial: “na tutela constitutiva o provimento jurisdicional faz nascer uma situação jurídica nova” e, “como toda tutela constitutiva, sua eficácia geralmente é *ex nunc*, pois não se reputa a modificação do estado jurídico senão a partir do movimento de prolação do *decisum*” (**Direito Processual Falimentar**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2008, pp.209-211).

⁶⁷⁷ Tais constatações levam a concluir, também, sobre a necessidade de motivação da decisão que homologa a decisão da assembleia no sentido de conceder a recuperação e, por igual motivo, também a que decreta a quebra do devedor. A motivação, como esclarece a doutrina, tem a função de permitir não apenas o controle a ser exercido pela opinião pública e pela sociedade em geral, cumprindo a exigência de legitimar o poder estatal no Estado Democrático de Direito, mas também, sob o ponto de vista endoprocessual, convencer os destinatários do comando emergente do acerto da sentença ou, em caso de possíveis injustiças, permitir mais facilmente a identificação dos vícios lógicos da decisão (Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Motivação das decisões jurídicas: identificação das decisões imotivadas”, *in* Puoli, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo Jose Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. **Direito Processual Constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016, p.181).

6. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E A LIMITAÇÃO DO PODER DECISÓRIO DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Sumário: 6.1 Os princípios constitucionais na estrutura do Direito 6.2 O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 6.2.1 O passado não tão remoto das exceções ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 6.2.2 Limites legítimos ao direito de ação e ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 6.3 A cognição judicial 6.3.1 A cognição judicial e as informações no processo de recuperação judicial 6.4 As hipóteses de limitação ao poder decisório do juiz e de divisão da cognição no processo de recuperação judicial 6.4.1 A cognição e o limite do poder decisório do juiz sobre a questão de viabilidade da empresa na recuperação 6.4.1.1 A ausência de exercício regular de atividade do devedor como um especial aspecto demonstrador da inviabilidade da empresa 6.4.2 A divisão da cognição e a limitação do poder decisório do juiz sobre as questões de aptidão do plano de recuperação judicial à superação da crise e à aprovação pelos credores 6.5. A limitação do poder decisório do juiz no processo de recuperação judicial e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Considerando a evolução dos instrumentos para a solução da crise da empresa, que em tempos mais recentes têm se apoiado sobre o consensualismo, para extrair a maior eficiência econômica possível diante dos objetivos fixados pelo legislador, conjugando a preservação da empresa e o atendimento dos interesses dos credores e da coletividade, fácil compreender que certamente haverá limitação ao poder decisório do juiz; a solução adjudicada cede espaço à composição dos envolvidos.

Constitui opção do legislador a configuração dos instrumentos que julgam hábeis ao enfrentamento da crise conforme o contexto social, econômico e cultural de cada país e, nesse sentido, para os ordenamentos cujos modelos se apoiam em diferentes medidas sobre a consensualidade, diversas serão as limitações ao poder decisório do juiz nos respectivos processos de reerguimento do devedor.

Qual seria, então, a medida da limitação ao poder de decidir do juiz brasileiro no processo de recuperação? A restrição do poder decisório leva à limitação da cognição judicial?

Se há efetivamente conflito de interesses no processo de recuperação judicial, parece ser essencial o controle jurisdicional, havendo ou não litígio, porque há pretensão exercida diretamente em relação aos direitos de outras partes do processo e que eventualmente podem atingir também legítimos interesses de terceiros. A limitação do poder decisório do juiz, dessa forma, levaria invariavelmente à ofensa do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional?

Em síntese, é possível a coexistência, em tese, do sistema de solução negociada para a crise da empresa com o efetivo exercício da jurisdição?

6.1 Os princípios constitucionais na estrutura do Direito

Somente pela unidade e ordenação de um conjunto de normas tem-se perfeita a ideia de sistema jurídico⁶⁷⁸, que deve ainda ter em seu núcleo normas fundamentais expressas ou implícitas, os chamados princípios jurídicos⁶⁷⁹, cuja natureza, função e conteúdo se identificam com os valores superiores da sociedade⁶⁸⁰.

Não é a sede da norma, porém, que determina se ela é, ou não, um princípio, podendo-se se dizer que na Constituição há também regras, algumas delas até voltadas ao

⁶⁷⁸ Cf. ROSA, Márcio Fernando Elias. “Princípios constitucionais na concepção sistêmica do ordenamento jurídico”, in **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 39. São Paulo: RT. Abril – junho de 2002, p.189. A existência de normas fundamentais no sistema jurídico é reconhecida pelos jusnaturalistas, para os quais a existência de postulados morais autoevidentes preexistem ao Direito e demonstram um sistema estático, e pelos juspositivistas, que, mesmo concebendo o sistema jurídico dinâmico, entendem necessária a unidade do sistema, que deve ser composto por normas postas por uma mesma autoridade (p187).

⁶⁷⁹ Os princípios são, nas palavras de Miguel Reale, “verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade” (Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13ª edição, São Paulo: Saraiva, p.60).

⁶⁸⁰ Cf. HESPANHA, Benedito. “O Direito Processual e a Constituição. A relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo”, in **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 48. Julho-setembro de 2004, p.23.

processo, como a que estabelece o dever de fundamentar as decisões, as regras de organização judiciária, entre outras⁶⁸¹.

Não há propriamente uniformidade quanto ao emprego do termo princípio e, como tem dito a doutrina, eles acabam “significando tudo e, por isso mesmo, terminam por não significar coisa alguma” e, nesse cenário, muitas vezes o termo é empregado como axioma, algo cuja verdade é aceita por todos; ou como postulado, ou seja, uma condição de possibilidade do conhecimento de objeto específico, e também como normas de otimização concretizáveis em vários graus, já que servem como fundamento para interpretação e aplicação do direito.

Mas, os princípios não explicam somente as condições de conhecimento do Direito; mais do que isso, eles revelam o seu conteúdo frente “ao comportamento ou à aplicação de outras normas constantes no ordenamento jurídico”⁶⁸².

E, como proposições “abertas”, os princípios normalmente não são aplicados diretamente ao caso concreto por subsunção, função que é reservada às regras. Os princípios podem ser considerados como “razões para ações ou razões para as normas”, porque não ditam apenas fundamentos para as regras, não obstante possam servir de razões de decidir em algumas situações concretas⁶⁸³, especialmente em casos de lacunas da lei e naquelas hipóteses em que as regras contrariam os princípios.

Aos princípios adiciona-se ainda a noção de peso no caso de conflito com outros postulados da mesma ordem, posto que exigem a ponderação, o balanceamento de valores e de interesses em causa, algo inadmissível às regras, para as quais, em caso de conflito, deve-

⁶⁸¹ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.73.

⁶⁸² Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. “Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, cit., in **Revista Trimestral de Direito Público** 24, 1998, p.160-164.

⁶⁸³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, p.107.

se resolver a questão por invalidação de uma delas⁶⁸⁴. Os princípios representam, dessa maneira, “razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”⁶⁸⁵.

Na Constituição, existem basicamente duas categorias de princípios: os políticos constitucionais, que representam decisões políticas fundamentais destinadas a conformar a particular existência política da nação; e os princípios jurídicos constitucionais, que influenciam diretamente o sistema positivo constitucional e todas as demais normas do sistema⁶⁸⁶.

6.2 O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Dentre os princípios jurídicos constitucionais, que conformam o sistema positivo brasileiro, a Constituição Federal assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV). O chamado princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio do direito de ação, princípio da garantia da via judiciária ou princípio da ubiquidade, como aponta Dinamarco, “tem o significado político de pôr sob controle dos órgãos jurisdicionais todas as crises jurídicas capazes de gerar estado de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida”⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.71. Como esclarece o autor, “quando se fala em ponderação, pensa-se na proporcionalidade; que, sem embargo da terminologia reiteradamente empregada pela doutrina, não deve ser vista como um princípio, mas como técnica de superação de conflito entre princípios ou, sob ótica diversa, como técnica de controle de constitucionalidade, mediante a aplicação do tríplice critério de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou vedação do excesso” (p.72).

⁶⁸⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., 2ª ed., 2011, tradução de Virgílio Afonso da Silva, p.104.

⁶⁸⁶ Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, cit., 6ª edição, pp. 82-83; GERARIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, pp.20-21. Destaca Geraige Neto que os princípios constitucionais encampam tanto os direitos quanto as garantias; os primeiros como disposições declaratórias e, as garantias, como disposições assecuratórias limitadoras do poder que podem ser individuais ou de direitos coletivos, sociais ou políticos (p.21). Consoante aponta Cândido Rangel Dinamarco, “os dispositivos constitucionais reveladores dos grandes princípios são encarados como garantias, a ponto de ser usual o uso indiferente dos vocábulos princípio e garantia para designar a mesma ideia” (**Instituições de Direito Processual Civil**, cit., Vol. I., p. 200). Todavia, é importante lembrar, os princípios são disposições declaratórias, ao passo que as garantias constituem disposições assecuratórias que limitam o poder, podendo ser individuais, de direitos coletivos, sociais ou políticos.

⁶⁸⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p. 203.

Não se trata de uma regra ou de um princípio de hermenêutica⁶⁸⁸, mas de um princípio jurídico, norma que expressa postulados fundamentais orientadores e modeladores das regras do sistema⁶⁸⁹, compatível com vários graus de concretização em sua aplicação.

A partir do desenvolvimento da autonomia do processo civil, a doutrina tem se dedicado ao estudo do que se convencionou chamar de “Direito Processual Constitucional”, que volta atenção para a tutela constitucional do processo e para a jurisdição constitucional. No contexto da tutela constitucional do processo, além do direito à tutela jurisdicional, que funciona como a principal garantia dos direitos subjetivos⁶⁹⁰, outros temas relevantes são abordados, como o devido processo legal, o acesso à Justiça⁶⁹¹, o contraditório, a imparcialidade, a isonomia, entre outros.

Dentre esses temas, está a abertura da via judiciária, que constitui uma imposição normalmente direcionada diretamente ao legislador, para que seja conferida operatividade prática à defesa dos direitos⁶⁹², exercitável em face do próprio Estado, gerando, para a autoridade judiciária, verdadeiro dever de exercitar a jurisdição, cuja omissão constitui causa de responsabilidade do juiz. Diz a doutrina que há, na realidade, poder de ação, ao qual deve

⁶⁸⁸ Consoante Canotilho, vários são os critérios sugeridos para diferenciar os princípios das regras, como a abstração, o grau de determinabilidade, o caráter de fundamentabilidade, proximidade da ideia de direito e até mesmo a natureza normogenética, porque os princípios servem de fundamento às regras, constituindo a sua *ratio*. Explica, ainda, que os princípios jurídicos distinguem-se dos princípios de hermenêutica, uma vez que estes desempenham apenas uma função argumentativa para revelar o conteúdo de normas que não são expressas, possibilitando a integração e a complementação do direito, enquanto que os princípios jurídicos são regras de otimização do sistema, aplicáveis a vários graus de concretização e suscetíveis à valoração e ponderação, porque devem conviver harmonicamente com outros, cuja valoração comparativa deve ser aferida diante dos condicionadores fáticos e jurídicos (Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., 7ª ed., 2003, pp.1160-1161).

⁶⁸⁹ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.69.

⁶⁹⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, cit., 6ª edição, p. 371.

⁶⁹¹ O direito à utilização da via judiciária não pode ser confundido com o direito de petição, previsto no inciso XXXIV do artigo 5º da CF, conferido ao cidadão para que possa reclamar seus direitos perante os órgãos públicos contra a ilegalidade e o abuso do poder. Como direito político, o direito de petição pode ser exercido por qualquer pessoa física ou jurídica, sem grandes formalidades, bastando ser exteriorizado por petição, relação, queixa ou representação. Veja-se que, diferentemente do direito de ação, não é preciso que o peticionário tenha sofrido ofensa a direito ou ameaça de lesão individual, já que, como instrumento de participação política, presume-se o interesse geral de cumprimento da ordem jurídica (Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, pp.186 e 191).

⁶⁹² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., 7ª ed., 2003, p.275.

se sujeitar o Estado, que, a bem da verdade, também tem interesse na realização dos preceitos contidos abstratamente nas normas⁶⁹³.

Desta maneira, o direito de ação e, portanto, à tutela jurisdicional, além do direito de vir a juízo e às demais posições de vantagem previstas para a relação processual, confere o direito subjetivo à sentença⁶⁹⁴, seja de procedência ou de improcedência, salvo as hipóteses de limitações legítimas ou naturais.

A garantia da via judiciária fundamenta-se na tripartição de poderes e, como “garantia das garantias”⁶⁹⁵, objetiva a melhor definição jurídico-material das relações que se travam entre o Estado e os cidadãos e entre os próprios particulares, garantindo a defesa “segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado”⁶⁹⁶. O conteúdo do princípio garante, nesse contexto, o poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão, como “um atributo imediato da personalidade”, ao qual corresponde a garantia de que “as portas dos tribunais devem estar abertas a todos, para que possam propor as suas ações”⁶⁹⁷. A amplitude do preceito constitucional não gera apenas a certeza do acesso inicial à justiça⁶⁹⁸, mas também o fundamento à pretensão ao processo justo⁶⁹⁹ e à tutela adequada⁷⁰⁰, sem o que remanesceria vazia a promessa do legislador constitucional⁷⁰¹.

⁶⁹³ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.79.

⁶⁹⁴ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Atlas. 2011, p.25.

⁶⁹⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, cit., 6ª edição, p. 371.

⁶⁹⁶ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., 7ª ed., 2003, p.275.

⁶⁹⁷ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, cit., tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, v.1, 2º ed., 1985, p.11.

⁶⁹⁸ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia Costituzionale dell’azione ed il processo civile**, cit., 1970, p.148.

⁶⁹⁹ Não basta que seja franqueado o acesso à Justiça, são necessários o processo justo e a tutela adequada a solucionar a crise de direito, pois, como adverte Leonel, “quem vai ao Poder Judiciário deseja a sentença favorável, mas deseja também, mais do que isso, o resultado concreto do processo”, sem o que não teria sentido o princípio (Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1º edição. 2010, p.16).

⁷⁰⁰ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**, cit., 1ª ed., 2011, p.298.

⁷⁰¹ Como pondera Geraige Neto, a garantia do acesso à justiça deve ocorrer em toda a sua inteireza, “possibilitando não só o acesso puro e simples – o ingresso em juízo – como, também, a garantia e o respeito ao verdadeiro *due process of law*, em seus aspectos processual e substancial” (Cf. GERARIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cit., 1ª ed., 2003, p.27).

Como aponta Canotilho, o acesso aos tribunais não pode divorciar-se das várias dimensões reconhecidas pela Constituição referentes aos direitos fundamentais, o que pressupõe a criação de processos aptos a garantir a defesa⁷⁰². Deve sempre ser conjugado o princípio da inafastabilidade com os demais princípios do processo civil previstos em sede constitucional, que congregam o seu “alicerce axiomático”, o *due process of law*⁷⁰³, pois, ainda que se pense na remoção de antigos obstáculos que dificultavam o acesso ao Judiciário, inclusive aqueles de natureza econômica, o “acesso real e efetivo à justiça ainda constitui objetivo a ser alcançado”⁷⁰⁴.

6.2.1 O passado não tão remoto das exceções ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Dos limites legítimos à inafastabilidade da tutela jurisdicional e ao direito de ação é preciso distinguir os “óbices perversos”, por vezes, contidos na própria lei⁷⁰⁵.

Visto sob um panorama geral, os limites ilegítimos ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional colocam-se ao lado dos óbices à oferta de serviço jurisdicional, como as deficiências estruturais do sistema e o conseqüente congestionamento judicial⁷⁰⁶, a ausência de justiça gratuita em determinadas hipóteses⁷⁰⁷ e os óbices aos bons

⁷⁰² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., 7ª ed., 2003, p.277.

⁷⁰³ Cf. GERARIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cit., 1ª ed., 2003, p.29.

⁷⁰⁴ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., 6ª ed., 2011, p. 61.

⁷⁰⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p. 204.

⁷⁰⁶ Cf. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. “Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade”, in Arruda Alvim (coord.) **Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC**: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p.580.

⁷⁰⁷ Também configura limitação ilegítima ao direito à tutela jurisdicional a ausência de assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados (CF, art.5º, LXXIV), tanto para a ação como para a defesa, tanto para o ingresso, como para o desenvolvimento de todas as atividades realizadas no decorrer do processo, de tal forma a garantir a igualdade das partes. A gratuidade da justiça há de ser garantida a quem dela necessitar e não a qualquer pessoa, o que implica dizer que a cobrança de taxas judiciárias não constitui óbice ao acesso à Justiça, a menos que se trate de valor excessivo.

resultados da jurisdição, jurídicos e metajurídicos, que certamente extrapolam o objeto do presente estudo e que se referem a uma extensa gama de causas⁷⁰⁸.

A partir da sistemática introduzida a partir da Carta Política de 1891, com a previsão da tripartição do poder, inspirada na Constituição norte-americana e nos ideais do iluminismo francês, já se podia vislumbrar a proteção do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁷⁰⁹. Contudo, no Brasil, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional recebeu sua primeira previsão expressa na Constituição de 1946, constituindo elemento fundamental do Estado de Direito.

Apesar da previsão, no decorrer de nossa história não foram poucas as normas que, em comando abstrato, violaram o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional⁷¹⁰. A denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado constitui exemplo de limitação ilegítima do acesso à jurisdição, vez que condiciona o exercício do direito de ação ao esgotamento das vias administrativas; assim, o artigo 153, §4º da CF/69, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 7/77, condicionava o exercício do direito de ação ao prévio esgotamento da via administrativa, e a Lei de Execução Fiscal, Lei n. 6.830/80, que exige, para a declaração ou anulação de débito fiscal, o prévio depósito do valor do débito, o que, efetivamente, tornaria letra morta a garantia de acesso à Justiça.

Durante o período de instabilidade democrática, com a ascensão do regime militar em 1964 e a edição dos Atos Institucionais, houve sensível limitação à garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, já que excluía da apreciação do Judiciário os atos praticados com base nos ditos atos institucionais. É o caso do Ato Institucional n.5, de 13 de

⁷⁰⁸ Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, cit., 6ª edição, vol. I, pp.409-412.

⁷⁰⁹ Cf. GERARIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cit., 1ª ed., 2003, p.34.

⁷¹⁰ Exemplos relacionados por Oreste Nestor de Souza Laspro: a Lei n.2.770/56, proibia a concessão de liminares para liberação de mercadorias (art. 1º); a Lei n.4.348/64 vedava a concessão de liminares em mandado de segurança para reclassificar ou equiparar servidores públicos ou para concessão de aumento ou extensão de vantagem (art.5º); a Lei n.5.021/66, em seu artigo 1º, proibia liminares em mandado de segurança para pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias; a Lei n. 7.669/89 estendia os efeitos proibitivos da Lei n.4.348/64 às medidas cautelares; a Lei n.8.437/92 restringiu a concessão de liminares contra ato do Poder Público, quando não pudesse ser concedida em sede de mandado de segurança, bem como quando se tratasse de compensação de créditos tributários ou previdenciários; e a Lei n.9494/97 estendeu essas vedações, referidas nas Leis ns. 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92, aos pedidos de antecipação da tutela. (“Da restrição à concessão de tutelas de urgência na Lei de Recuperações Judiciais”, in YARSELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, pp.574-575).

dezembro de 1968, que, a exemplo do que ocorreu em Estados totalitários, excluiu da apreciação judicial todos os atos praticados com base na referida norma e seus atos complementares, bem como em seus efeitos (artigo 11). Esse ato foi constitucionalizado posteriormente pela Emenda n. 1/69 à Constituição Federal de 1967, ao dispor que deveriam ser excluídos da apreciação do Judiciário os atos praticados pelo comando da Revolução de 31 de março de 1964 (arts. 181 e 182)⁷¹¹.

Como reação histórica a essa situação, a salvaguardar importante instrumento de efetividade dos direitos, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, contemplou novamente o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, proibindo a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou a ameaça a direito, que podem ser protegidos, portanto, de forma repressiva ou preventiva⁷¹².

6.2.2 Limites legítimos ao direito de ação e ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Condição essencial de sobrevivência das instituições democráticas e garantia do exercício dos direitos reconhecidos e atribuídos pelas normas substanciais é o direito inviolável do cidadão de agir em juízo para obter a tutela das próprias razões⁷¹³. Não obstante, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional sujeita-se a restrições legítimas, que são regras técnicas do processo, que correspondem aos critérios de racionalidade e economia, e até mesmo em virtude de normas derivadas de outros princípios que devem conviver no plano constitucional e que, portanto, não se chocam com o princípio de acesso à justiça, como também não comprometem o processo como instrumento de

⁷¹¹ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**, cit., 11ª ed., 2013, p.186. Pondera o autor que os artigos 181 e 182, provenientes da EC 1/69, e as disposições do AI 5 ainda assim eram inconstitucionais, porque em conflito com as normas também constitucionais e de superior hierarquia relativas aos direitos e garantias individuais, dentre eles, o direito de ação (pp.186-187).

⁷¹² A partir de 1988, a Constituição previu expressamente a proteção a qualquer espécie de direitos, diferentemente de outras constituições, como a de 1946, que se referia a *direitos individuais*, e acrescentou, também, a expressão “ameaça a direito”, deixando evidente o que antes já se podia deduzir do ordenamento jurídico, que a proteção do controle jurisdicional pode se dar de forma preventiva (Cf. GERARIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cit., 1ª ed., 2003, p.41).

⁷¹³ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia Costituzionale dell’azione ed il processo civile**, cit., 1970, p.118.

justiça⁷¹⁴. Assim, por exemplo, a limitação da cognição nos procedimentos especiais⁷¹⁵, ou o condicionamento da propositura de uma demanda ao preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais, como requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito⁷¹⁶.

As condições da ação, por exemplo, não impedem o exercício desse direito⁷¹⁷, mas garantem que a atividade jurisdicional se desenvolva de forma racional e objetiva, com vistas ao resultado que pode produzir, adequando-a ao ideal de economia processual e até mesmo de celeridade, para que em muitas situações, logo de início, o processo constitua instrumento capaz de levar à efetividade.

Como pondera Dinamarco, “nenhum sistema processual pode prescindir de limitações à plenitude do exercício da jurisdição, o que transparece como natural e óbvio diante dos ditames e pressupostos do Estado-de-direito” e dentre essas limitações estão aquelas relativas ao juiz natural, ampla defesa, contraditório prévio, devido processo legal, que compõe, de certa forma, “freios de legalidade que legitimamente o Estado-de-direito opõe aos possíveis ímpetus expansivos de seus próprios agentes. Constituem as limitações políticas à prática da jurisdição”⁷¹⁸.

Além das limitações de ordem técnica e das que regulam a atividade jurisdicional de forma a efetivar as garantias constitucionais do processo às partes no chamado devido processo legal⁷¹⁹, relaciona Dinamarco três outras limitações ao exercício da jurisdição, que

⁷¹⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, cit., 6ª edição, vol. I, p.402.

⁷¹⁵ Consante ressalta Ricardo de Barros Leonel, “a existência de procedimentos especiais, nos quais haja redução de amplitude do contraditório, da atividade probatória, ou mesmo da extensão da atividade cognitiva do juiz, também não representa qualquer ofensa às garantias constitucionais do processo. São alternativas criadas pelo sistema processual para a tutela de determinadas situações da vida que o legislador elege, para um tratamento diversificado” (“Garantismo e direito processual constitucional”, in **Garantismo Processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016, p.135).

⁷¹⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p. 204.

⁷¹⁷ Como ressalta Heitor Sica, as condições da ação ficariam melhor designadas por “condições da demanda, pois mesmo à falta delas, houve o exercício do direito de ação” (Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**, cit., 1ª ed., 2011, p.28).

⁷¹⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, cit., 6ª edição, Vol. I, p.403.

⁷¹⁹ Consoante explica Yarshell, “em parte expressiva da doutrina se encontra a ideia de que a locução *devido processo legal* enfeixa os princípios constitucionais que tutelam o processo. Devido processo legal seria uma espécie de síntese ou ponto de convergência de postulados, dentre os quais usualmente são destacados o juiz natural, o acesso à justiça, o contraditório, a motivação e a publicidade. Daí porque, eventualmente, fala-se também em devido processo *constitucional*, em razão do plano do ordenamento em que

corresponderiam: ao veto ao exercício espontâneo da jurisdição (princípio da inércia); os limites da competência internacional e limites atinentes à impossibilidade relativa de controle jurisdicional aos atos dos demais Poderes⁷²⁰.

Como veremos, muitas matérias na recuperação judicial devem se sujeitar ao controle jurisdicional no chamado “controle de legalidade” do plano e das deliberações da assembleia de credores. A análise do Judiciário sobre essas questões no momento da homologação da deliberação da assembleia sobre o plano de recuperação, afasta eventual violação de direitos e de pretensões legítimas, submetendo-se ao princípio da inafastabilidade.

Por outro lado, porém, nem tudo está sujeito ao controle jurisdicional, até mesmo porque o sistema apoia-se sobre um modelo que se vale do consensualismo para a consecução de seus fins. Desse modo, cumpre primeiramente indagar qual a extensão da cognição judicial e do poder decisório do juiz na recuperação judicial, para após constatar se esse sistema constitui, em tese, limitação legítima ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

6.3 A cognição judicial

A legislação processual de diversos países recebeu o influxo das ideias publicísticas do Código austríaco, preconizadas por Frans Klein, que sucederam o modelo liberal predominante até as primeiras codificações, ainda no século XIX. A prevalência do interesse público passou a trazer como ponto de apoio a proeminência do órgão judicial, dotando-o de poderes instrutórios em busca da verdade, de impulso do procedimento, em

situados seus cânones fundamentais” (Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.83).

⁷²⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, cit., 6ª edição, vol. I, p.404. Ao lado dessas restrições, pode-se acrescentar que outras existem e que não implicam na violação a promessa de tutela jurisdicional, mas certamente limitam o poder decisório do juiz em hipóteses que encontram fundamento constitucional de opções políticas, como, por exemplo, do tribunal do júri, em que o destino do réu é decidido por seus pares quanto à prática de determinados crimes, sem que se fale em violação ao princípio da inafastabilidade.

substituição à figura neutra e passiva, à qual cabia tão somente a subsunção dos fatos à norma⁷²¹.

Hoje, o Judiciário representa um poder político, que, como aponta a doutrina, tanto se dá pelo aumento do número de funções que lhe foram atribuídas pelas constituições modernas, como “pela própria crise do esquema individualista de soluções de conflitos, que exige sua direta interferência para solução de questões concernentes a grupos de indivíduos da sociedade, quando não ligados diretamente à própria sociedade como um todo”⁷²², como na recuperação judicial, que pretende trazer solução à crise da empresa, que aflige diversas pessoas diretamente e toda a coletividade por via reflexa.

A intensa conflituosidade na sociedade moderna acaba por exigir mais do Judiciário; não como poder sem limites⁷²³, mas como atividade que deve se desenvolver mediante um *iter* e alcançar resultados em cada caso concreto.

Nesse passo, o *decisum* é antecedido de atividade cognitiva a ser realizada pelo juiz sobre fatos e questões de direito deduzidas no processo. A cognição não pode ser confundida com a decisão final; é algo que antecede o resultado consistente na declaração da vontade concreta da lei. A cognição é, assim, a atividade que prepara o provimento judicial e que permite “montar corretamente a equação” do problema jurídico; constitui, portanto, o ato de tomar conhecimento sobre o direito, mas, também e principalmente, sobre as questões fáticas⁷²⁴.

⁷²¹ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, cit., in CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores), **Negócios Processuais**, 1ª ed., 2015, p.36.

⁷²² Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**, cit., 1ª ed., 2002, p.121. Como observa o autor, o sensível aumento de matérias constitucionais também exige maior intervenção do Judiciário e isso “decorre da própria transformação do Estado, de ‘mínimo’, que era ao tempo das doutrinas liberais puras, para um Estado fortemente intervencionista: por um lado, não elimina o livre mercado, mas, por outro, consagra um maior número de hipóteses nas quais sua atuação interventiva se fará sentir para atuar ou eliminar disfunções que a sociedade não consegue resolver sozinha” (p.130).

⁷²³ Certamente há limites ao desenvolvimento da atividade judicial como a qualquer outra atividade estatal; a Constituição brasileira, consoante aponta Humberto Ávila, como Constituição-cidadã, revela a “particular insistência com que protege a esfera individual” e “a minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal”. (Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. “Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, cit., in **Revista Trimestral de Direito Público** 24, 1998, p.167.

⁷²⁴ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012, p.70. Certamente outros conhecimentos são necessários ao julgador para o desempenho de suas funções, que não se restringem às disciplinas técnico-jurídicas, como economia, sociologia, política, psicologia, entre outras, em nível mínimo que lhe permita ter compreensão do “momento histórico e do contexto sócioeconômico-cultural” no qual se encontra inserida a controvérsia, para que a Justiça seja “rente à realidade social” (p.72). E isso sem falar que não raramente o órgão judicial tem que se servir do trabalho de outros

A cognição está voltada, desta maneira, à produção do resultado final e, conforme esclarece Kazuo Watanabe, pode ser contemplada por dois planos distintos: o horizontal, quando se refere à extensão, a amplitude do conhecimento do juiz sobre as matérias a serem debatidas no processo (condições da ação, questões processuais e mérito), que pode ser plena ou limitada, conforme a extensão permitida; e o plano vertical, que se refere à profundidade com que estas questões podem ser conhecidas, que pode ser exauriente, se for completa, ou sumária, caso deva ser superficial⁷²⁵.

É possível, então, que a cognição seja plena e exauriente, de forma a propiciar maior segurança quanto a existência ou não do direito controverso, ou sofrer alguma espécie de restrição, quer quanto a amplitude ou a profundidade das matérias que podem ser conhecidas, hipótese em que ocorrerá cognição parcial e exauriente, como no caso da impugnação ao cumprimento de sentença, devido à restrição das matérias alegáveis pelo executado); ou cognição plena, sobre qualquer matéria, mas superficial, como a dos juízos de probabilidade e verossimilhança na antecipação da tutela ou de medidas liminares. De maneira geral, a limitação da cognição leva à sumarização do processo e isso se dá para atender a determinados objetivos almejados pelo legislador⁷²⁶, dentre eles algumas características especiais do direito tutelado, para que haja uma tutela mais eficaz do que a comum, “uma relação mais adequada entre direito e processo”⁷²⁷.

profissionais, que possibilitam o acesso a informações técnicas de maior alcance, imprescindíveis à solução da causa.

⁷²⁵ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, cit., 4ª ed., 2012, p.127; LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**, cit., 1º ed., 2010, p.21. Além das limitações no plano horizontal ou vertical, é possível cogitar-se da cognição eventual, que ocorrerá apenas se for tomada a iniciativa do contraditório, podendo a previsão abstrata da lei processual, desta maneira, “ficar prejudicada segundo o comportamento do demandado”. É o caso, por exemplo, da prestação de contas, na qual pode não se insurgir o réu quanto à obrigação de prestá-las, o que fará com que se passe a fase seguinte do processo, sem o conhecimento dessa questão.

⁷²⁶ Conforme esclarece Ricardo de Barros Leonel, esta se dá para evitar os custos do processo de cognição plena ou exauriente, para evitar o abuso do direito de defesa ou em virtude do favorecimento da “efetividade da tutela jurisdicional”, para atender às especificidades de direitos de cunho não patrimonial ou que tenham esta característica de forma preponderante, como, *v.g.*, direitos da personalidade ou metaindividuais, que não poderiam deixar de ser satisfeitos imediatamente sob pena de sofrerem seus titulares prejuízos irreparáveis. Como aponta o autor, “a sumariedade da cognição, em síntese, seria a essência da qual partiria o conceito de tutela jurisdicional diferenciada” (**Tutela jurisdicional diferenciada**, cit., 1º ed., 2010, pp.21-23).

⁷²⁷ PROENÇA, José Marcelo Martins; BONICIO, Marcelo José Magalhães. “Proposta de uma nova tutela jurisdicional diferenciada: o processo societário brasileiro”, *in* YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2012, p.438.

6.3.1 A cognição judicial e as informações no processo de recuperação judicial

Considerando-se como regra no processo civil que a lei dota o juiz - “enquanto autoridade a quem compete a direção do processo – de poderes para definir que provas têm que ser produzidas”⁷²⁸, independentemente de iniciativa das partes, haveria restrição à cognição baseada na limitação do poder decisório do juiz? Deve ser limitada a cognição do juiz no processo de recuperação judicial?

Um dos pontos que revelam a necessidade de adequação do processo ao direito material refere-se à existência de procedimentos que variam em função da relação substancial trazida a juízo, não podendo “o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas”⁷²⁹.

Nesse sentido, as peculiaridades do processo de recuperação judicial, provenientes do objetivo primordial de formação do consenso para superar as dificuldades da empresa em crise e, simultaneamente, atender aos interesses dos credores, fazem dele um processo especialíssimo, absolutamente diverso de qualquer outro, no qual se divide a cognição e o poder decisório com outros sujeitos do processo diversos do juiz, os credores, que têm o poder de determinar o destino do devedor, por conta do modelo derivado da opção técnica e política do legislador. Como pondera a doutrina, desse processo de negociação estruturada pode resultar “solução consentânea com o interesse público na preservação da empresa viável e na liquidação da empresa inviável”⁷³⁰.

Para o atendimento dos objetivos fixados na LRE, como ressalta Adriana Valéria Pugliesi, “cria uma sistemática de *disclosure*”, para informar aos credores sobre a situação econômico-financeira do devedor⁷³¹; o conhecimento sobre as reais causas da crise e sua verdadeira dimensão são imprescindíveis à cognição dos credores e a formação do consenso

⁷²⁸ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**, cit., 2º ed., p. 243.

⁷²⁹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., 6ª ed., 2011, p.12 e 56.

⁷³⁰ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.288.

⁷³¹ Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. “Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas”, cit., in Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), **Falência, insolvência e recuperação de empresas**, p.10.

entre envolvidos⁷³². Não obstante, em muitas situações, o descompasso de informações diante da crise da empresa no Brasil é agravado pela atitude dos administradores da sociedade, que sonégam informações relevantes, principalmente em relação a sua viabilidade, “limitando-se, quando muito, ao cumprimento das obrigações legais”⁷³³.

Veja-se que no processo de recuperação o pedido consiste na aprovação de uma proposta previamente determinada pelo próprio devedor e apresenta, sob a previsão legal, diversas modalidades de medidas que podem dar suporte ao reerguimento econômico e financeiro da empresa em crise. Como tem apontado a doutrina, o plano de recuperação judicial⁷³⁴, que contém a aludida proposta, é um instrumento de “muitas faces”, nele se congregam aspectos econômicos, financeiros, contábeis e jurídicos⁷³⁵, com suas estratégias e soluções que devem atender a múltiplos interesses e ser apto à reorganização e soerguimento da empresa.

Nesse contexto, assumem grande importância, para a aferição da viabilidade da empresa⁷³⁶, a veracidade e a exatidão das informações contidas no processo a respeito da sua situação patrimonial; da extensão e das causas da crise econômico-financeira; das demonstrações contábeis e de extratos bancários e de aplicações financeiras; da relação de credores e de suas especificações em relação a valores e naturezas dos débitos; da relação de empregados e informações atinentes aos respectivos contratos de trabalho; da relação de bens particulares de sócios controladores e de administradores; de informações quanto a

⁷³² Se no processo comum, para gerar respostas capazes de atingir o ideal, consoante pondera a doutrina, é necessário que se tomem “em consideração elementos que transcendem à mera disciplina formal do sistema jurisdicional e do campo tradicional do saber jurídico, obrigando-se a lançar mão de outras áreas do conhecimento científico, em um enfoque necessariamente multidisciplinar” (Cf. SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p.35), da mesma forma haverá de ser no processo de recuperação, no qual informações de cunho contábil, econômico e financeiro são imprescindíveis para avaliar o melhor caminho a ser seguido em termos das perspectivas da empresa em crise e a solução mais adequada ao caso concreto.

⁷³³ Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.265.

⁷³⁴ A apresentação do plano não se dá com a inicial do processo, mas deverá ser realizada em até sessenta dias da publicação que defere o processamento da recuperação judicial e deverá conter a discriminação pormenorizada dos meios de reerguimento a serem empregados, demonstração da viabilidade econômica da empresa e laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor (art.53, I a III da LRE). A não-apresentação do plano no prazo estipulado não acarreta a extinção do processo, mas a convalidação em falência (art.53, *caput*, da LRE).

⁷³⁵ Cf. SILVA, José Anchieta. “O plano de recuperação judicial (O plano além do plano)”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, cit., 1ª ed., 2015, p.375.

⁷³⁶ Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., pp.226 e 228. Sugere o autor que melhor seria que a lei previsse a exigência de uma análise independente das demonstrações financeiras apresentadas pelo devedor, em especial, em relação a empresas de maior porte (p.228).

protestos e ações judiciais em que figura como parte, inclusive na Justiça do Trabalho⁷³⁷. Na realidade, essas informações integram o pedido e se destinam ao conhecimento dos credores, que devem ter ciência das reais condições da empresa⁷³⁸.

Para que seja demonstrado o interesse processual, consistente “na necessidade de vir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático”⁷³⁹, o devedor terá de esclarecer na petição inicial do processo de recuperação os motivos da crise, explicando, “como, quando e por quê, a crise empresarial enveredou no rumo de inviabilizar-se, salvo se houver a recuperação”⁷⁴⁰.

É de se ressaltar também a importância das informações exigidas com a apresentação do plano de recuperação judicial, com relação à viabilidade econômico-financeira, de avaliação de bens e demais ativos do devedor, o que deverá ser atestado por profissional ou empresa legalmente habilitados⁷⁴¹, em decorrência do princípio da transparência⁷⁴² que deve permear a relação processual, de forma a permitir que o consenso seja manifestado de maneira livre pelas partes envolvidas.

Essas informações são fundamentais aos credores, para a formação de seus próprios convencimentos, assim, tanto sobre a viabilidade da empresa, como em relação à aptidão das medidas preconizadas à superação da crise e a satisfatoriedade da proposta ofertada.

Veja-se que a suficiência e a exatidão das informações sobre a situação do devedor devem se manter adequadas não somente no momento de ingresso do pedido de

⁷³⁷ Cf. disposições contidas nos incisos I a IX do artigo 51 da Lei n.11.101/05.

⁷³⁸ Nesse sentido: NEGRÃO, Ricardo. “O papel do Judiciário na homologação do plano”, cit., in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**, p.96.

⁷³⁹ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. “Condições da ação”, in **Revista de Processo 64**, outubro-dezembro. 1991, p.37.

⁷⁴⁰ Cf. FRONTINI, Paulo Salvador. “Do estado de falido: sua configuração: inovações da nova lei de recuperação e falência”, in **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 138**. São Paulo. Abril-junho. 2005, p.19.

⁷⁴¹ Consoante dispõe a Lei n.11.101/05, art.53, II e III

⁷⁴² As exigências constantes da LRE, como aponta a doutrina, não representam “formalismo excessivo, mas afirmam a necessidade de que a empresa, que busca a renegociação de sua dívida, apresente aos seus credores a sua situação real. Isso para que estes possam analisar se o plano de recuperação tem substância real e efetiva ou se se trata de simples retórica técnica de modo a protelar uma declaração de falência, como costumemente se fazia na concordata” (Cf. LAZARINI, Alexandre Alves. “Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas”, In Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues (coordenadores), **Direito recuperacional. Aspectos Teóricos e Práticos**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2009, p.127).

recuperação judicial ou de apresentação do plano, mas durante todo o processo⁷⁴³ e, para isso, determina a lei que sejam apresentadas contas demonstrativas mensais⁷⁴⁴ e que o devedor se submeta à atividade fiscalizatória empreendida pelo Comitê de Credores⁷⁴⁵. Essa transparência de informações constitui valor relevante, tanto que em outros sistemas vem tutelada penalmente de forma específica, sendo descrita a conduta de fornecer informações inexatas como típica e antijurídica em tipos penais próprios⁷⁴⁶.

A cognição adequada à natureza da controvérsia integral, juntamente com os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia das partes e outros, o conceito de devido processo legal, que, na síntese de Kazuo Watanabe, “é processo com procedimento adequado à realização de todos esses valores”⁷⁴⁷.

Na recuperação judicial, mesmo tendo em conta que a cognição, como ato de conhecimento de matérias de fato, é realizada em parte pelos credores, é de se considerar que o consenso entre os envolvidos não vem pré-constituído ao processo, devendo se formar durante o iter processual, o que torna mais fácil compreender a importância da veiculação de informações capazes de dar suporte às manifestações de vontade dos envolvidos⁷⁴⁸ e, também, de outros sujeitos do processo, o juiz, o administrador judicial e o órgão do Ministério Público, bem como de terceiros que eventualmente possam intervir, se forem atingidos seus legítimos interesses⁷⁴⁹.

⁷⁴³ Nesse sentido: DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.222.

⁷⁴⁴ Cf. art. 52, IV da Lei n.11.101/05.

⁷⁴⁵ Cf. art. 27, II, “a”, da Lei n.11.101/05.

⁷⁴⁶ Como ressalta a doutrina, no Direito italiano, o legislador introduziu uma complexa previsão a respeito dos requisitos subjetivos para garantia de independência do atestador tendo por finalidade prevenir possíveis conflitos de interesses com o devedor ou com outros sujeitos interessados no saneamento da empresa, penalizando a falsidade das informações de natureza contábil, econômica ou financeira que sejam relevantes para a avaliação do sucesso do plano (Cf. MINNITI, Gianluca. “Profili penali delle attestazioni nel concordato preventivo ai sensi dell’art. 236 L.F.”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, pp.71-72).

⁷⁴⁷ Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, cit., 4ª ed., 2012, p.143.

⁷⁴⁸ Cf. RODRIGUES, Frederico Viana. “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, cit., **RDM**, 138/114.

⁷⁴⁹ Nesse sentido: PAIVA, Luiz Fernando Valente. “Necessárias alterações no sistema falimentar brasileiro”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.139; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.79. Tais informações são indispensáveis aos credores para a análise da viabilidade da empresa e também da possibilidade de ser cumprido o plano apresentado, devendo ser possível a determinação judicial quanto à realização de perícia contábil a ser feita sobre a documentação apresentada pelo devedor e até mesmo constatação para verificação das condições de funcionamento da empresa.

A necessidade de informações não implica concluir que não há limitações ao poder decisório do órgão judicial no processo de recuperação; não obstante, não pode ser limitada a sua cognição. Importante se faz, de modo razoável e coerente com os objetivos do processo, a conciliação com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e, nesse sentido, eventuais averiguações sobre a veracidade ou até mesmo esclarecimento sobre a documentação contábil e as condições de funcionamento do devedor, determinadas pelo juízo, em primeira instância ou em grau recursal⁷⁵⁰, de ofício ou mediante requerimento, demonstram grande utilidade, podendo evidenciar, por exemplo, a inexistência de atividade há pelo menos dois anos; a prática de crime falimentar ou comum; a necessidade de afastamento do empresário da direção da empresa; a situação de confusão patrimonial estabelecida entre sociedades do mesmo grupo empresarial, entre outras situações sob as quais deve incidir o controle judicial⁷⁵¹.

6.4 As hipóteses de limitação ao poder decisório do juiz e de divisão da cognição no processo de recuperação judicial

Considerando que o legislador atribuiu ao credor o poder de determinar o destino do devedor na recuperação judicial, evidentemente restringiu o poder decisório do juiz e dividiu também o exercício da cognição, considerada esta como ato de conhecimento das questões do processo, especialmente, no caso, sobre algumas matérias fáticas.

Para que se alcance, no processo de recuperação, a almejada efetividade⁷⁵², atingindo os objetivos previstos na lei no sentido de obter a solução mais eficiente à crise da

⁷⁵⁰ Como aponta Heitor Sica, como a produção de provas não é só destinada “ao magistrado singular, mas também ao tribunal, uma prova que aquele reputou desnecessária pode ser reconhecida útil pelos membros deste, e sua produção pode ser determinada por ocasião de um recurso...” (Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**, cit., 2º ed., p. 243)

⁷⁵¹ Para um sistema próximo ao brasileiro nesse aspecto, como é o caso do Direito argentino, esclarece Graziabile que “el juez es un expoente claro del principio de oficiosidad concursal que le permite impulsar el proceso sin necesidad de petición de parte, lo que no significa que pueda substituir el ejercicio de las pretensiones por parte de los interesados. Principalmente, no puede decretar la apertura de oficio por propia voluntad, sino que debe serlo siempre a petición de deudor o acreedor, no existe y nunca existió en la legislación nacional la quiebra de oficio; tampoco puede imponer la iniciación de incidentes, pues con ellos implican el ejercicio de una pretensión de parte, es necesario que sean incoados por deudor o acreedores y, en limitados casos, por el síndico como funcionario”, o que não exclui, como pondera o autor, os poderes inquisitórios do juiz, em especial, o de verificar o verdadeiro *status* patrimonial que produziu à insolvência (Cf. GRAZIABILE, Dario J.. “Jurisdicción concursal, juez, competencia y fuero de atracción” in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005, p.296).

⁷⁵² Na evolução científica do Direito Processual, superadas as anteriores fases sincretista e autonomista, como observa Ricardo de Barros Leonel, a denominada fase instrumentalista volta atenção, sem

empresa, resta agora indagar quais as hipóteses de limitação do poder decisório do juiz e como se dá divisão da cognição nessas hipóteses.

6.4.1 A cognição e o limite do poder decisório do juiz sobre a questão de viabilidade da empresa na recuperação

O interesse de agir se demonstra pela necessidade do provimento pleiteado e pela adequação da medida pretendida à solução do problema enfrentado pelo autor. No caso específico do processo de recuperação judicial, essa situação problemática consiste, sob o aspecto do autor, na crise da empresa.

Nesse contexto, o processo de recuperação deve representar sua utilidade para resolver o problema econômico-financeiro da empresa em crise e, ao mesmo tempo, atender aos interesses dos credores, para se chegar ao consenso das partes no sentido de superar as adversidades ou, na impossibilidade, com o início de processo que levará à liquidação de ativos da devedora, após a decretação de falência⁷⁵³.

Para que se justifique a tutela jurisdicional na recuperação judicial, é indispensável, consoante aduz Newton de Lucca, “que exista uma real e inequívoca viabilidade econômica da empresa em dificuldade a fim de que se tenha um fundamento axiológico razoável para poder legitimar” a limitação ao exercício do direito de crédito⁷⁵⁴.

Lembremos que a crise da empresa pode se dar apenas em nível financeiro, quando apresenta situação econômica equilibrada (*safe business*), ou econômico, quando não consegue se gerir positivamente a nível operativo (*no safe business*), ou ainda de forma

apego ao formalismo, ao direcionamento do meio “à implementação de seus escopos”, algo que hoje, em uma fase mais avançada, ganhou maiores proporções, no sentido da “efetivação de tutelas aptas a implementar o direito material” (“Objeto litigioso do processo e o duplo grau de jurisdição”, *in* Tucci, José Rogério Cruz e Bedaque, José Roberto dos Santos, coordenadores, **Causa de pedir e pedido no processo civil**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p.345).

⁷⁵³ Nesse caso, o objetivo passa a “ser o de propiciar a rápida e eficiente liquidação, para maximizar a recuperação de créditos” (Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “A preservação da empresa mesmo na falência”, *In* Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, coordenadores, **Direito recuperacional. Aspectos Teóricos**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2009, p.520).

⁷⁵⁴ Cf. LUCCA, Newton de. “A recuperação judicial à luz da preservação da empresa”, *cit.*, *in* LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudos Luso-brasileiros**. 1ª ed., 2015, p.44. Não havendo viabilidade da empresa, como pondera o autor, estar-se-á premiando, mais uma vez, as manobras cavilosas daqueles maus empresários...” (p.44).

mista ou complexa, quando agrava a própria condição de desequilíbrio financeiro, pelo excessivo endividamento e o custo financeiro de sua continuidade⁷⁵⁵.

A análise sobre a viabilidade da empresa em inúmeras situações é questão complexa, que depende de análise econômica, que, no Direito brasileiro, não cabe ao juiz, mas aos credores⁷⁵⁶, seguindo a tendência de outros sistemas, exceto o francês, no qual essa questão, como vimos, é reservada unicamente ao Tribunal do Comércio⁷⁵⁷.

Mas, diante dos elementos que constam do processo, especialmente dos laudos de viabilidade econômica e de avaliação e balanços, ou da possibilidade de serem esses elementos inverossímeis, é possível a realização de prova pericial para a aferição da manifesta inviabilidade da empresa? Haveria extrapolação à limitação da cognição judicial nessa hipótese?

Por regra, é difícil aferir a viabilidade econômica da empresa no momento inicial do ajuizamento do pedido de recuperação, mas pode ser possível a aferição, por prova documental ou documentada⁷⁵⁸, da situação contrária, se for manifesta a inviabilidade, em vista da existência de enorme passivo a descoberto, diante de pequeno ativo total ou de bens completamente depreciados ou de pouca atividade que possa gerar recursos para o pagamento das dívidas.

A análise dos laudos e demais documentos juntados com a inicial são submetidos à cognição judicial, ainda que “perfunctoriamente”, e, se o caso, pode ser justificada a realização de perícia contábil e eventual constatação nas instalações da empresa, para aferir os mencionados elementos constantes dos autos, bem como verificar se não se está diante de

⁷⁵⁵ Cf. ROCCA, Gianluca. “L’asseverazione ex art.161 L.F.”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, *Quaderni* nº43, 2012, p.103.

⁷⁵⁶ Cf. PUGLIESI, Adriana Valéria. “Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas”, cit., in Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), **Falência, insolvência e recuperação de empresas**, p.11. Como observa a autora, “é que a viabilidade do devedor consiste na possibilidade de saneamento da crise, porém, tal verifica-se no cotejo da conjuntura fática econômico-financeira com as soluções apresentadas no plano. E caberá aos credores decidir. O processo de recuperação é de inegável caráter negocial, e trouxe os credores para o centro da solução” (pp.11-12).

⁷⁵⁷ Nesse sentido: VIDAL, Dominique. **Droit des procédures collectives**, cit., 5º ed., 2006, p.181-184; MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.287.

⁷⁵⁸ Conforme explica Daniel Neves, “por prova documental se entende aquela que tenha o conteúdo e forma de documento conforme as exigências legais, enquanto que por prova documentada entende-se qualquer prova, de qualquer natureza, que seja materializada por meio de um documento” (Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, p.410)

manifesta inviabilidade da empresa. Veja-se, como aponta a doutrina, que o deferimento do processamento de recuperação judicial já deflagra o chamado *stay period* e as graves consequências patrimoniais para os credores durante o período de 180 dias de suspensão dos processos individuais⁷⁵⁹, o que evidentemente justifica as medidas instrutórias determinadas pelo juiz.

Nesse contexto, apesar de não haver no Direito brasileiro o que se possa chamar de magistratura econômica, como no ordenamento francês, até mesmo porque diversa é a orientação do nosso sistema nesse aspecto, é preciso dizer que, além dos direitos individuais dos credores, que à evidência não se realizarão, mais interesses estão em questão, envolvendo a utilização de recursos públicos por conta do processo em curso e os danos marginais, não somente às partes e aqueles atingidos indiretamente pela crise da empresa, como também aos demais consumidores finais dos serviços da Justiça, decorrentes das consequências nefastas do congestionamento judiciário⁷⁶⁰, causado pela duração de processos em tempo não razoável.

Note-se que, se o objetivo da recuperação judicial é “viabilizar a superação da crise financeira do devedor”, é necessária a existência de dificuldades, mas, também, que estas sejam superáveis. Por outras palavras, a situação difícil demonstra a necessidade de vir a juízo e a possibilidade de serem enfrentadas as dificuldades com as propostas pelo devedor devem estar presentes. Não havendo necessidade ou adequação da solução proposta, haverá falta de interesse de agir⁷⁶¹ ou, mais que isso, pode indicar que a confessada crise da empresa não pode ser remediada.

Com efeito, se houver dúvida fundada, pode o juiz, exercendo cognição incidente sobre a averiguação da viabilidade da empresa (determinando a realização de

⁷⁵⁹ Cf. COSTA, Daniel Carnio. “A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa”, in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas** – Estudos Luso-brasileiros. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.59.

⁷⁶⁰ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder judiciário”, in **Garantismo Processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016, p.144. O autor refere-se também aos macro-litígios que geram inúmeras demandas individuais, que diminuem o ritmo de atuação do Judiciário. Em rumo oposto, nos parece que pode se encontrar o processo de recuperação judicial, que, por ser concursal, tende a substituir inúmeras demandas individuais dos credores, caso se mostre como solução verdadeiramente plausível diante do caso concreto.

⁷⁶¹ Cf. COSTA, Daniel Carnio. “A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa”, *cit.*, in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas** – Estudos Luso-brasileiros, 1ª ed., 2015, p.59.

perícias ou analisando os elementos dos autos), concluir que a crise não justifica as medidas preconizadas ou, por outro lado, que há manifesta inviabilidade da empresa. Diversos, então, serão os rumos que tomarão o processo nessas situações.

As condições da ação constituem noção extremamente útil à visão instrumentalista do processo, pelo ideal de economia processual, de tempo e até de recursos públicos empregados pela Justiça. Não é diferente para o processo de recuperação judicial, para o qual é necessário o preenchimento das condições da ação, dentre estas, aquela que se consubstancia na necessidade da prestação jurisdicional e na adequação do pedido ao atendimento dessas necessidades, no momento da propositura do pedido e durante o curso do processo⁷⁶².

Veja-se que, para o processo comum, como já apontou a doutrina, “o juiz tem liberdade de considerar inverídica a versão narrada na petição inicial”, nos casos em que estão excluídos dos efeitos da revelia, quando a narrativa do autor for inverossímil ou desmentida pelos próprios documentos juntados com a inicial⁷⁶³. Como ressalta Bedaque, opções em prol da celeridade, como o indeferimento da inicial e a rejeição liminar da demanda, embora impeçam a efetivação do contraditório, visto que o processo é extinto antes da citação, não comprometem a segurança do processo. Nesses casos, a ausência de participação do réu torna-se irrelevante, porque não inviabiliza resultado favorável a seus interesses⁷⁶⁴. Não há razão para que no processo de recuperação judicial seja diferente.

Ainda que caiba aos credores avaliar a viabilidade da empresa, a ausência de gravidade da crise deve levar à extinção do processo e deve ser logo detectada, para que sejam evitadas atividades inúteis e para que não se agravem os prejuízos decorrentes do prolongamento indevido do processo.

⁷⁶² Como ressalta Heitor Sica, “considerando que o autor deve ostentar as condições da ação e preencher os pressupostos processuais durante todo o iter procedimental, a perda superveniente desses requisitos é também matéria alegável a qualquer tempo pelo réu” (Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**, cit., 1ª ed., 2011, p.71).

⁷⁶³ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**, cit., 1ª ed., 2011, pp.137-138.

⁷⁶⁴ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?” in **Garantismo Processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016, p.15.

Por outro lado, o ordenamento prevê medidas adequadas para cada situação de direito material⁷⁶⁵ e, diante do caso concreto, se restar evidente uma hipótese limite de que a crise econômico-financeira da empresa não pode ser superada, ou seja, que é manifesta a inviabilidade de sua continuidade, não há sentido para o prosseguimento do processo de recuperação, afigurando-se adequada a decretação da quebra⁷⁶⁶.

6.4.1.1 A ausência de exercício regular de atividade do devedor como um especial aspecto demonstrador da inviabilidade da empresa

O exercício regular de atividade por dois anos é um dos requisitos previstos pela Lei n.11.101/05, para que possa o devedor requerer a recuperação judicial, que, desta maneira, consubstancia-se em possibilidade jurídica do pedido a ser aferida no momento em que se determina o processamento da recuperação judicial.

A possibilidade jurídica do pedido, diante do regramento do novo Código de Processo Civil, não mais é uma condição da ação, passando a integrar o mérito da causa⁷⁶⁷; o juiz, ao apreciá-la diante do caso, portanto, estará realizando exame de mérito. Cumpre lembrar, entretanto, que a impossibilidade jurídica pode ser absoluta, se o pedido não pode ser deferido diante do ordenamento jurídico; ou relativa, se a pretensão deve ser indeferida diante de peculiaridades atinentes aos outros elementos da demanda, partes ou causa de pedir⁷⁶⁸, hipóteses em que se pode afirmar que o pedido não pode ser feito por ou em face de determinadas pessoas ou, ainda, tomando por base esta ou aquela causa de pedir.

⁷⁶⁵ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., 6ª ed., 2011, p.114.

⁷⁶⁶ Também no Direito italiano, a chamada análise de “*fattibilità economica*” é atribuída tão somente aos credores, a menos que se trate de manifesta impossibilidade de qualquer satisfação dos credores, deverá o órgão judicial se pronunciar. Com relação à jurisprudência que vem se formando, no que se refere à posição do juiz diante do *concordato*, anota a doutrina que: “la Suprema Corte risponde, dunque, come segue all’interrogativo sopra prospettato circa la possibilità o meno del giudice di sindacare la ‘fattibilità economica’ del piano di concordato in ipotesi limite di assoluta mancanza di fattibilità economica del piano proposto: solo ove il giudice accerti la manifesta impossibilità di un qualsivoglia soddisfacimento dei creditori concorsuali potrà negare o revocare l’ammissione del debitore alla procedura o l’omologazione del concordato” (Cf. CIERVO, Gianpaolo “Il giudizio do fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza dela suprema corte”, in **Il nuovo Diritto delle Società**. Italia Oggi. Anno 13 – Numero 3. 4 febbraio. 2015, p.39 e 50).

⁷⁶⁷ Cf. artigo 16 do CPC.

⁷⁶⁸ Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2ª edição, pp.203-205.

A falta de exercício regular das atividades do devedor na recuperação judicial constitui espécie de impossibilidade jurídica do pedido ligada à parte, mais especificamente ao autor, pois somente podem ter deferido o processamento do pedido aquelas pessoas jurídicas que exerçam regularmente atividade por dois anos (art.48, *caput*, da LRE). O exercício de atividade por dois anos é, assim, pressuposto para o processamento do pedido, justamente porque objetiva a lei preservar o funcionamento da empresa.

Já se decidiu, inclusive, que o juiz pode determinar perícia prévia ou constatação, para verificar se a empresa está em funcionamento e em quais condições⁷⁶⁹. A constatação da regularidade da atividade por pelo menos dois anos na data do ajuizamento do pedido por perícia é atividade cognitiva desenvolvida pelo magistrado para que bem possa analisar o pleito inicial; tolher-lhe a iniciativa da cognição nesse aspecto, seria obstaculizar o exercício da jurisdição.

E parece ainda possível cogitar-se da averiguação do exercício regular da atividade da recuperanda durante o processo e não somente na oportunidade em que se analisa o pedido de processamento da recuperação.

A jurisdição, assim como as demais funções estatais no contexto geral do Direito Público, deve estar sujeita aos princípios gerais do serviço público, atinentes à continuidade, igualdade e eficiência, e, mesmo diante da necessidade de maior abertura à consensualidade, não se deve perder de vista os ideais de eficiência e economicidade, no sentido de melhor gerir os recursos estatais em favor da sociedade⁷⁷⁰.

Em se tratando a possibilidade jurídica do pedido de questão pertinente ao mérito da recuperação⁷⁷¹, não parece despropositado dizer que o exercício regular da atividade deva ser aferido pelo órgão judicial durante todo o procedimento, até mesmo porque não se concebe a recuperação judicial para o devedor que “há tempos não desempenha papel algum”⁷⁷², tornando inútil toda a atividade processual, porque os propósitos da recuperação

⁷⁶⁹ Cf. AI.0194436-42.2012.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Des. Teixeira Leite. D.O. 02/10/2012

⁷⁷⁰ Cf. ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da contratualização do processo”, in **Revista de Processo** 193. São Paulo: Revista dos Tribunais. Março/ 2011, pp. 173-174.

⁷⁷¹ Mesmo que ainda fosse a possibilidade jurídica uma condição da ação, deveria se cogitar sobre a persistência do mencionado pressuposto durante todo o procedimento da recuperação judicial, haja vista a hipótese de superveniente ausência de condição da ação.

⁷⁷² Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal”, in YARSHELL, Flávio Luiz e

se referem à “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” (art. 48 da Lei n. 11.101/05).

E, note-se, dentre as funções do Administrador Judicial⁷⁷³ no processo de recuperação estão aquelas atinentes à fiscalização não somente do estrito cumprimento do plano, mas, antes, da própria administração da empresa durante o período em que perdurar o processo, no que, aliás, segue tendência de outros sistemas⁷⁷⁴, nos quais ocorre a fiscalização das atividades do devedor durante o processo que objetiva o reerguimento econômico-financeiro do devedor, muito embora essa função seja desenvolvida por sujeitos que recebam outras denominações, mas que tem, na verdade, papéis bem próximos ao do Administrador Judicial do Direito brasileiro⁷⁷⁵.

As consequências da constatação da inexistência de atividade no início do processo e após o deferimento do processamento serão vistas oportunamente⁷⁷⁶.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.757.

⁷⁷³ A figura do Administrador Judicial, como auxiliar eventual da Justiça, desenvolve a administração concursal conforme as funções especificadas pela Lei n.11.101/05 (artigo 22), não apenas para a proteção de interesses privados dos credores, mas em favor do regular desenvolvimento do processo, o que efetivamente relaciona-se a outros valores de ordem pública, dentre eles a realização dos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p. 686).

⁷⁷⁴ Em outros sistemas, a administração concursal se faz por uma estrutura colegiada, como o espanhol, que combina a experiência jurídica de um advogado e econômica de um economista ou auditor de contas, ambos profissionais com pelo menos cinco anos de exercício efetivo em suas profissões, e a presença representativa de um credor ordinário ou com privilégio geral sem garantias, consoante as disposições dos artigos 26 a 39 da L.C. Contudo, observa Juana Pulgar Esquerria que haveria resultado mais conveniente se houvessem optado pela figura do administrador único, o que evitaria os problemas derivados da colegialidade, como o regime de atuação e adoção de acordos por maioria, responsabilidades, necessidade da separação de funções do órgão e dos administradores (Cf. PULGAR EZQUERRA, Juana. “La reforma del derecho concursal español: el nuevo concurso de acreedores”, cit., in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª ed., 2005, pp.580-581).

⁷⁷⁵ Assim, é o caso do “*comissário giudiziale*” do Direito italiano, que deve proceder à estrita vigilância das atividades da empresa, assumindo “a veste de oficial público” durante todo o procedimento (Cf. SCARANTINO, Silvia. “La domanda: un caso pratico di concordato preventivo”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni nº43, 2012, p.81).

⁷⁷⁶ Ver item 8.7.

6.4.2 A divisão da cognição e a limitação do poder decisório do juiz sobre as questões de aptidão do plano de recuperação judicial à superação da crise e à aprovação pelos credores

Em alguns sistemas, como o francês, o português e o alemão, o juiz pode, logo ao início do processo, considerar o plano apresentado manifestamente inexecutável ou improvável a sua aprovação pelos credores⁷⁷⁷. De certo, medida dessa espécie tem por objetivos a minimização dos prejuízos e a razoável duração do processo, que não deve se prolongar inutilmente. No Direito brasileiro, poderia o juiz conhecer sobre os termos do plano como nesses outros sistemas?

Não cabe ao juiz analisar a viabilidade econômica do devedor⁷⁷⁸, que, como já ressaltado, é de atribuição do próprio credor, exceto no caso de manifesta inviabilidade da empresa, ante a limitação ao poder decisório do magistrado, que decorre dos objetivos do legislador ao preconizar a solução negociada para a crise.

Também a satisfatoriedade da proposta deve ser apreciada pelos credores; lembremos que se tratam de direitos disponíveis e que não há em nosso Direito limites expressos em lei que levem à automática aprovação ou rejeição do plano.

As situações de abuso do devedor, diante de proposta que contemple solução inferior ao que receberiam os credores em um cenário de liquidação da sociedade, serão vistas mais adiante, quando abordados os casos de abuso do devedor.

As medidas propostas no plano devem, contudo, ser hábeis a superar a crise da empresa, bem como não deve haver extrapolação dos objetivos da lei nas medidas nele previstas sob o aspecto quantitativo e qualitativo, de forma a fazer com que a recuperação judicial sirva para o locupletamento do devedor sobre seus credores. A necessidade de recursos para enfrentar a crise deve ser real e justificar o interesse de agir para ir a juízo, como também deve haver proporcionalidade dos meios propostos e a situação crítica vivenciada. Por outras palavras, se por um lado a recuperação judicial deve ser hábil à superação da crise, por outro, não deve ser um meio normal de financiamento à expansão dos negócios ou de enriquecimento ilícito.

⁷⁷⁷ Cf. art. 626, 1 do *Code de commerce*; art. 207, §1º do CIRE e §231 da *Insolvenzordnung*.

⁷⁷⁸ Nesse sentido: NEGRÃO, Ricardo. “O papel do Judiciário na homologação do plano”, cit., in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**, p.96.

Já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁷⁹ que o plano apresentado continha manifesto abuso do devedor, que propôs aos seus credores pagamento de porcentagem muito pequena de seu débito frente aos credores sujeitos à recuperação, havendo exígua atividade empresarial e patrimônio suficiente para cobrir o passivo muitas vezes. No caso em questão, a decisão do Tribunal confirmou a deliberação da assembleia de credores no sentido de rejeitar o plano e, portanto, levou à quebra a devedora.

No caso mencionado, a crise econômico-financeira da empresa poderia ter se manifestado pela falta de liquidez para fazer frente ao seu passivo; nesse sentido, não se poderia falar em falta de interesse de agir da devedora, pela ausência de necessidade de vir a juízo negociar seu passivo, e não caberia, desta maneira, a extinção do processo por carência da ação.

Importante, em todo caso, o nível de informações aos sujeitos do processo, que, na hipótese mencionada, permitiu aos credores tomarem a deliberação acertada para a proteção de seus direitos. Possivelmente, outra seria a deliberação dos credores se a situação do devedor demonstrasse que a falência lhes traria situação menos vantajosa que proposta contida no plano.

Mas, seria o caso de o juiz, antes, ter deixado de submeter o plano aos credores? Por qual fundamento?

Lembremos mais uma vez que os direitos sobre os quais podem incidir a negociação no processo de recuperação judicial são disponíveis, não cabendo ao órgão judicial decisão que apreciasse a proposta feita aos credores. A exceção, quanto aos termos da proposta, deve apenas ocorrer no caso de ser manifestamente inexecutável o plano apresentado pelo devedor. Não sendo manifestamente inviável a empresa, o plano evidentemente inexecutável sequer deve ser submetido aos credores, conferindo-se oportunidade para, em prazo razoável, suprir a ausência de interesse de agir, apresentando outra proposta adequada à realidade, ou seja, factível⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ No agravo de instrumento n.0046351-17.2012.8.26.0000, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, caso também mencionado por Alberto Camiña Moreira em seu trabalho intitulado “Abuso do devedor e do credor na recuperação judicial”, in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, pp. 184-185.

⁷⁸⁰ O processo deve ser apto à consecução de seus fins, envolvendo, além de interesses privados, certamente outros que se referem à toda coletividade e, nesse contexto, as condições da ação demonstram sua utilidade, para que os esforços dispendidos no processo não se tornem atividades inúteis, que não trarão efetividade alguma.

6.5 A Limitação do poder decisório do juiz no processo de recuperação judicial e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Mudando os rumos do Direito Concursal brasileiro, a Lei n.11.101/05 substituiu o mecanismo previsto na legislação anterior e retirou do Estado, dentro de certos parâmetros e limites, o poder decisório sobre o objeto litigioso do processo⁷⁸¹, relativo à opção entre solução liquidatória ou de recuperação da empresa em crise, sem, no entanto, prescindir do processo e da jurisdição. Por outras palavras, agora a questão econômica (com evidentes reflexos jurídicos e também sociais⁷⁸²) não será decidida pelo Judiciário, embora seja tratada no âmbito judicial⁷⁸³.

Mas, a substituição do poder decisório do juiz e a atribuição dessa função aos próprios credores na recuperação judicial violaria, em tese, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional?

A empresa constitui um subsistema que atua dentro de um sistema mais amplo, a sociedade, o que não implica olvidar a influência que exerce sobre o todo e a necessária relação que deve haver entre poder e responsabilidade social⁷⁸⁴. Muito se fala da função

⁷⁸¹ Consoante esclarece a doutrina, “lide, *res in iudicium deducta*, fundo do litígio, objeto do processo, objeto litigioso do processo são expressões utilizadas para designar o mérito da causa”. Em todos os processos, o objeto principal corresponde à lide, nela se exprimindo as aspirações em conflito dos litigantes, o elemento substancial que constitui o *thema decidendum* (Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, cit., 4ª ed., 2012, p.111 e 115). Especificamente no processo de recuperação judicial, há um pedido dirigido pelo devedor em face de seus credores, consistente na pretensão de novar as obrigações da sociedade com a finalidade de equacionar a crise econômico-financeira da empresa. Esse é o mérito, o objeto litigioso do processo de recuperação judicial.

⁷⁸² A recuperação judicial envolve problemas atinentes aos sistemas econômico, social e jurídico, que se relacionam intimamente, mas a Lei n.11.101/05, ao colocar nas mãos dos credores os destinos do devedor, privilegiou o critério econômico para a aferição da viabilidade da empresa, esperando extrair os melhores reflexos sociais. Não obstante, dentre os parâmetros que condicionam a decisão dos credores, deve-se ressaltar, de início, que não têm eles o poder de iniciativa para propor a solução recuperatória, já que somente o devedor pode iniciar o processo e ofertar o plano de recuperação, em limitação, como vimos, que destoa de outros modernos sistemas estrangeiros, como o norte-americano, o francês e o alemão (Ver itens 3.3.1.1, 3.3.2 e 3.3.3).

⁷⁸³ Nesse sentido: RODRIGUES, Frederico Viana. “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, cit., **RDM**, 138/102; MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.203.

⁷⁸⁴ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.24. Fala o autor do poder dos empresários que sugere a respectiva responsabilidade social, cujo conceito amplia consideravelmente os interesses da corporação, “sin perder vista las virtudes y capacidades particulares de la propia corporación. Así considerada, la responsabilidade social no es una carga adicional a la corporación sino una parte integrante de sus intereses esenciales, atender las necesidades y ser equitativa, no sólo con sus inversores y propietarios”, mas a todos que se relacionam com ela em um sistema de livre mercado. Como ressaltava o autor, aqui parece evidente o conflito entre a necessidade e o desejo de continuar o empreendimento e a necessidade de se colocar um limite aos mecanismos de recomposição, para que não sejam lesionados substancialmente os direitos de credores e de terceiros envolvidos (p.27).

social da empresa⁷⁸⁵, que evidentemente foi tomada em conta para a redação do artigo 47 da LRE, e que corresponde à visão contemporânea de organização empresarial, que se apoia na atuação responsável no domínio econômico e que não pretende exercer funções tipicamente estatais, mas que deve ter sua existência balizada pelo respeito a importantes valores sociais, como a criação e a manutenção de empregos, o respeito ao consumidor, ao meio ambiente e a coletividade⁷⁸⁶.

O Direito é um conjunto orgânico e articulado, determinado pelas exigências da realidade, que faz com que cada instituto jurídico, como parte de um todo, deve estar em conexão mais ou menos estreita com os demais, para que possa atender, além de sua finalidade individual, a sua função social. Veja-se que a natureza orgânica do ordenamento jurídico comporta, além disso, a consideração de que todos os institutos de Direito Privado, para que possam ser compreendidos em sua plenitude, estejam coligados entre si e em conexão com o Direito Público. Essa conexão também é fator de eficácia do Direito Público⁷⁸⁷.

Não se pode, entretanto, fazer o “uso inflacionado” e mistificado da função ou vinculação social tão somente com base na intersubjetividade dos direitos, porque seriam todos eles sociais e porque não são absolutos⁷⁸⁸; mas, especificamente para o tema tratado, pode-se chegar à compreensão de que não somente a empresa tem função social e que ambos, a empresa e o direito de crédito, são expressões da propriedade e têm relevantes funções individuais e sociais, sofrendo limitações mútuas que permitam as suas coexistências,

⁷⁸⁵ Consoante ponderam Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, o significado de função social da empresa somente se pode obter de forma muito genérica, porque “a expressão é por demais ampla para que se lhe possa determinar o conteúdo mediante atribuição taxativa de determinados comportamentos ao empresário”. Conforme apontam, é do legislador “a tarefa de estabelecer quais são os interesses e comportamentos, a cuja consecução se deve ater a companhia em vista da sua função social” (**Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, pp. 278 e 280).

⁷⁸⁶ Cf. SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.223.

⁷⁸⁷ Cf. RENNERT, Karl. **Gli istituti del Diritto Privato e la loro Funzione Sociale**, cit., 1981, tradução de C. Mittendorfer. Título original: **Die Rechtsinstitute des Privatrechts und soziale Funktion – Ein Beitrag zur Kritik bürgerlichen Rechts**, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr “Paul Siebeck”, 1929, p.62.) Exemplifica o autor, dizendo que: “così, la proprietà è inefficace senza processo civile, e questo a sua volta lo è senza ordenamento giudiziario, e non è mai del tutto efficace, dato che il diritto pubblico le impone limiti e carichi, come ad esempio le tasse. Ogni istituto del diritto privato ha le sue istituzioni pubbliche complementari...” (p.62).

⁷⁸⁸ Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais. 1ª edição. Coimbra: Almedina. 2006, pp.38-39.

porque, por vezes, estão em posições antagônicas, mormente diante da crise econômico-financeira da empresa.

A análise funcional do direito⁷⁸⁹, demonstra que tanto as relações econômicas como as relações jurídicas podem ter várias funções na vida social. A noção de função da propriedade, consoante aponta Comparato, “significa um poder, mais especificamente, um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse do próprio *dominus*; o que significa que não possa haver harmonização entre um e outro”⁷⁹⁰.

Tendo o direito de crédito função social, os limites que lhe são opostos se fundam em outros importantes valores consagrados pelo sistema jurídico, que, pela relevância, encontram sede na Constituição, como a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, os pilares de sustentação da ordem econômica, únicos capazes de assegurar a todos a existência digna de forma duradoura. Daí advém a necessidade de manutenção da fonte produtora, daí a necessidade dos limites ao direito de crédito.

⁷⁸⁹ Consoante esclarece K. Renner, “i rapporti economici vengono trattati come ‘base’, le istituzioni giuridiche come ‘sovrastuttura’. Le espressioni base e sovrastruttura sono espressioni figurate prese dall’architettura e servono evidentemente a rendere chiaro il rapporto ma non a indicarlo concettualmente”. Destaca o autor que cada processo econômico que se observa isoladamente do ponto de vista teórico, “è a sua volta una parte del totale processo sociale di produzione e riproduzione staccata nel pensiero. Se guardata insieme a questo complesso, la funzione economica diventa funzione sociale dell’istituto giuridico” (**Gli istituti del Diritto Privato e la loro Funzione Sociale**, cit., 1981, tradução de C. Mittendorfer. Título original: **Die Rechtsinstitute des Privatrechts und soziale Funktion** – Ein Beitrag zur Kritik bürgerlichen Rechts, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr “Paul Siebeck”, 1929, pp.46 e 49).

⁷⁹⁰ Cf. COMPARATO. Fábio Konder. “Função social da propriedade dos bens de produção”, *in* **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. 1º edição, 2º tiragem. São Paulo: Saraiva. 1995, p.30. Conforme esclarece o autor, “a ideia de função social da propriedade entrou a fazer parte do direito positivo com a promulgação da primeira Constituição Republicana Alemã, em Weimar, em 1919” e fora retomada *in verbis* na Constituição de 1949 daquele país, dispondo que “A propriedade obriga, Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao interesse da coletividade”, consoante dispunha o artigo 14, 2ª alínea. (pp.32-33).

Não se trata de visão assistencialista⁷⁹¹, até mesmo porque o assistencialismo não é capaz de levar à eficiência econômica⁷⁹² e os proveitos sociais que dela se podem extrair; mas, é a constatação de que, assim como os demais direitos, o de crédito também não é absoluto, tem função social que deve ser desempenhada. No contexto da crise empresarial, grande parcela de sacrifício toca aos credores, que aceitam o cumprimento da obrigação por prestação com conteúdo ou modalidade diversa daquela originalmente determinada; essa vontade compreende “uma resignação a respeito de aspectos parciais da obrigação por parte do credor em relação ao devedor”⁷⁹³.

Os credores de uma empresa, como os credores de qualquer outra pessoa física ou jurídica, são titulares de direitos que devem ser realizados na integralidade; ocorre, contudo, que, diante do caso de grave crise econômico-financeira do devedor, impõem-se limites de ordem prática a sua plena realização. O sistema jurídico protege e prestigia aqueles importantes valores da ordem econômica e social, e possibilita o soerguimento da empresa, que se apoia, em boa parte, nos limites impostos ao direito de crédito.

A exata medida desses limites, diante da complexidade e peculiaridades que derivam do funcionamento concatenado dos múltiplos agentes que atuam na economia, somente pode ser prevista em nível constitucional e em linhas gerais. A disciplina específica das formas de restrição aos direitos encontra sede, todavia, em normas infraconstitucionais, especialmente na Lei de Recuperação de Empresas.

A lei anterior, o Decreto-lei n.7.661/45, na disciplina relativa à concordata preventiva, impunha ao devedor o cumprimento tão somente de requisitos formais para a concessão do benefício. Os critérios para a sobrevivência da empresa não se baseavam em

⁷⁹¹ Esse entendimento não significa defender uma posição assistencialista, porque absolutamente possível conciliar os valores mencionados com a busca de eficiência; aliás, como já se disse: “a função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para onde deve ser eficiente”, o que significa “operar no plano econômico, produzindo rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresarial, razão pela qual não podem influir, diante da crise, na sua recuperação” (SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª ed., 2007, p.224)

⁷⁹² Conforme pondera Michèle Grégoire, o prosseguimento e a subsistência da empresa a qualquer custo pode comprometer a solidez das relações comerciais e por em perigo a necessária concorrência econômica (Cf. GRÉGOIRE, Michèle. “Le point de vue des créanciers face à la réorganisation de l’entreprise de leur débiteur” in THIRION, Nicolas, coordenador, **Reorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire**. Actualisés et pratique”. V. 120. Liège: Athemis. 2010, pp.208-209).

⁷⁹³ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.53. (tradução livre).

fundamentos jurídico-econômicos, mas tão somente em requisitos e formalidades processuais⁷⁹⁴. Sem que se trate aqui dos resultados desastrosos produzidos, no sentido de liquidar empresas viáveis e de dar sobrevida a outras que não tinham condição de permanência no mercado, pode-se concluir que a limitação ao direito dos credores, sob a égide do Direito passado, era de enorme extensão, porque impunha solução à crise de inadimplência limitando o exercício do direito de propriedade sobre o crédito de forma inflexível e principalmente coativa aos credores.

Ainda assim, os sistemas modernos de enfrentamento da crise da empresa contém mecanismos de privação patrimonial imperativos ou forçados, pelos quais a lei impõe a vontade coletiva, expressa pela maioria dos credores, às minorias, representando para todos limitação ao direito de propriedade do crédito, algo que é absolutamente necessário diante da impossibilidade do cumprimento integral das obrigações contraídas pela sociedade, uma restrição que à evidência se efetiva com o objetivo de realização do interesse superior⁷⁹⁵ de sobrevivência e continuidade da empresa, o interesse da comunidade⁷⁹⁶.

A nova lei, sensível à ineficiência da imposição estatal de solução à crise da empresa, reduziu os limites impostos ao exercício do direito de crédito a aqueles que a crise pode dar origem. Por outras palavras, não dispôs o legislador que o credor deva arcar com maior prejuízo do que está sofrendo em decorrência da difícil situação vivenciada pelo devedor. A continuidade de uma empresa inviável ou a falência de uma empresa viável agravam a situação dos credores e, por isso, devem eles, credores, analisar qual solução dentre as possíveis miniza seu prejuízo, respeitada a igualdade e as legítimas pretensões de terceiros, especialmente, aqueles credores que não se sujeitam à recuperação judicial⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ Cf. RODRIGUES, Frederico Viana. “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, cit., **RDM**, 138/106. Como observa o autor, “o critério formal seria a pior baliza a orientar o magistrado. Adotar tal solução equivaleria retroceder ao antigo regime, que exigia o cumprimento de requisitos de ordem formal para autorizar a concordata... o critério de viabilidade da empresa funda-se na maximização de seu valor econômico. Para tanto, necessário perquirir se a recuperação resultará maior ou menor benefício do que a liquidação resultaria” (p.110).

⁷⁹⁵ Ao lado das situações em que vige o princípio da liberdade individual e da autonomia privada, em que as pessoas podem reger a própria esfera jurídica com liberdade, outras situações existem em que, em alguma medida, os particulares devem concretizar o interesse público, e outras ainda, nas quais “a partir de determinado limite não há liberdade de escolha, não há mais liberdade individual e autonomia privada, os particulares passam a ser obrigados a concretizar o interesse público” (Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso do direito e a constitucionalização do Direito Privado**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010, p.116).

⁷⁹⁶ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.55.

⁷⁹⁷ Consoante já observou a doutrina, “a racionalidade em matéria de direito comercial funda-se numa lógica de funcionalidade econômica. Não há negócio mercantil que se não possa explicar por uma análise

Além dos limites aos direitos dos credores, ditados pela impossibilidade fática do recebimento de seus créditos na forma em que originariamente devidos, relativos à concessão de prazos dilatados, descontos e a aceitação de outras formas de extinção das obrigações, necessário ainda o ingresso de novos capitais, capazes de promover o reerguimento do devedor, o que demonstra que a colaboração de todos envolvidos para a superação da crise da empresa é imprescindível e que não pode ser resultado de imposições, mas sim de negociação.

Neste contexto, havendo dificuldades que não possam ser vencidas sem a cooperação de todos os envolvidos, escolheu o legislador um sistema em que os limites aos direitos são ditados pela situação vista sob a ótica de seus próprios titulares. Dentre os dois caminhos possíveis, o da continuidade da empresa ou a sua liquidação, deve o credor escolher o que menos prejuízo lhe resultará e que, portanto, representa a solução mais eficiente diante da crise econômico-financeira do devedor. Se escolherem contra a lei da razão, de forma egoística, podem sofrer as consequências de sua escolha. Lembremos que a eficiência é a chave do sistema, o que torna possível a continuidade e o desenvolvimento sustentável da atividade empresarial.

Mas, estariam os credores dissidentes ou o devedor que teve seu plano rejeitado privados do direito de se socorrerem do Judiciário?

Aos credores dissidentes são impostas as mesmas limitações ao direito de crédito que aquelas destinadas aos que aquiesceram à proposta do devedor. Apesar da disponibilidade do direito de crédito, há que se ponderar sobre a relevância da decisão dos credores não somente para eles próprios, mas também para a comunidade em que se encontra inserida a empresa, fato que justifica a imposição da decisão escolhida pela maioria à minoria.

de economicidade dos meios empregados, a fim de se alcançar um resultado apreciável patrimonialmente” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. “Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial”, in **Direito Empresarial**: Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva. 1990, p.97). No Direito Processual, a racionalidade refere-se à instrumentalidade do processo sem que se perca de vista a aptidão do meio à realização de justiça; veja-se, a propósito, que o processo justo é aquele instrumental, que permite levar à aplicação do direito material com atividades que não comprometam as garantias e os princípios constitucionais. Nesse sentido, são bons exemplos da visão instrumental do processo a simplificação da técnica processual e a instrumentalidade das formas, demonstrando que o processo é apenas um meio para a realização de direitos.

Quanto ao devedor, a rejeição do plano por ele apresentado, não se tratando de hipótese de abuso de direito pelos credores, não lhe impõe solução injusta e tão pouco viola a garantia que tem à inafastabilidade da tutela jurisdicional. Por outras palavras, o exercício do direito do devedor à recuperação passa hoje pelo convencimento dos credores sobre a viabilidade da empresa, do plano apresentado e pela satisfatoriedade da solução por ele preconizada.

A limitação do poder decisório do juiz no processo de recuperação judicial foi estabelecida, assim, em favor da negociação das partes envolvidas, o que certamente garante maior eficiência à solução da crise da empresa, mas não deve ser confundida com a ausência de proteção aos direitos e nem deve levar a concluir que o juiz deve reduzir sua participação a de mero espectador⁷⁹⁸, sem desempenhar papel ativo⁷⁹⁹ para a esperada solução da crise, em especial, pondo em prática iniciativas para fazer do processo um instrumento equilibrado⁸⁰⁰, que favoreça a formação do consenso entre os envolvidos⁸⁰¹ e a análise sobre o exercício funcional dos direitos do devedor e dos credores.

Na Lei de Recuperação de Empresas, a proteção aos interesses envolvidos se dá pela necessidade de homologação judicial da decisão da assembleia de credores, embora não haja previsão de mecanismos específicos para algumas situações em que, como veremos, pode haver lesão a direitos de terceiros ou mesmo do devedor ou de credores dissidentes. É preciso, então, salientar a importância do princípio da inafastabilidade, que, como aponta a doutrina, constitui norma garantidora da abertura da via judiciária e da eficácia da proteção

⁷⁹⁸ Como pondera Cândido Rangel Dinamarco: “se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro, sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade” (**A instrumentalidade do processo**, cit., 14^a ed., 2009, p.236).

⁷⁹⁹ A pretensa neutralidade do juiz “mal se compagina con el creciente protagonismo de la sociedad misma respecto de la justiça intrínseca que se reclama, ni el proceso es neutro en sus técnicas internas respecto de las aspiraciones de la comunidade. Otra cosa bien diversa es la imparcialidad como exigencia consubstancial a la jurisdicción...” (Cf. BERIZONCE, Roberto Omar. “El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba en el proceso por audiencias”, in **La prueba**, homenaje al maestro Hernando Devis Echandia. 1^a edição. Bogotá: Universidad Libre. 2002, p.390).

⁸⁰⁰ O juiz deve voltar sua atividade, como já se disse, à “busca do verdadeiro significado dos valores constitucionais. Dois aspectos da atividade judicial conferem-lhe esse molde especial: a obrigação do juiz de participar de um diálogo processual e a sua independência”. Nesse sentido, pode-se concluir que a “tarefa de um juiz deve ser vista, então, como a conferência de significado aos valores públicos e a adjudicação como processo pelo qual tal significado é formulado e revelado”. (FISS, Owen. **Um novo processo civil**. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade, cit., 1^a ed., 2004. Tradução da obra: **The Law as It Could Be**. New York University Press, 2003, pp.42 e 75).

⁸⁰¹ Especificamente em relação ao tema tratado, ressalta Ronaldo Vasconcelos que “a Lei de Recuperação e Falências deve ser interpretada no sentido de viabilizar um ambiente formal de negociação e de cooperação, estimulando credores e devedor no sentido da busca da solução mais eficiente (seja ela a tentativa de recuperação ou a liquidação adequada da empresa)” (**Princípios processuais da recuperação judicial**, cit., p.119).

jurisdicional, “exigindo-se que tal proteção não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma determinação legal da via judiciária adequada”⁸⁰².

Admite-se como verdadeira, assim, a tese de que a limitação do poder decisório do juiz na recuperação judicial em favor da solução consensual constitui óbice legítimo à plenitude do exercício da jurisdição, ditado pelo sistema consensual instituído pela LRE, que não viola teoricamente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, porque encontra seu fundamento jurídico-constitucional na função social da empresa e do crédito.

⁸⁰² Cf. GERARIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cit., 1ª ed., 2003, p.32.

7. CONCLUSÕES DA SEGUNDA PARTE

A caracterização da jurisdição como poder, função e atividade estatal, lhe confere atributos essenciais como os da “substitutividade, inafastabilidade, indelegabilidade, imperatividade, imparcialidade, imutabilidade, escopo de resolução de conflitos e pacificação social”⁸⁰³. Todas essas características essenciais estão presentes na atividade desempenhada pelo juiz durante todo o processo de recuperação judicial e, em especial, no momento de apreciação da decisão da assembleia de credores, da qual pode ou não resultar a sua homologação.

A atividade judicial desempenhada no processo de recuperação não se trata de administração, como também não envolve somente interesses privados; a própria coletividade tem relevantes pretensões que se relacionam diretamente ao desempenho eficiente da economia. Some-se que a persecução dos mesmos escopos da jurisdição no processo de recuperação judicial, permite concluir que a natureza da atividade desempenhada pelo juiz nessa espécie de processo não se restringe à administração pública de interesses privados e se dirige a partes que se encontram em posições contrapostas, constituindo verdadeira atividade jurisdicional e contenciosa.

Não pode ser confirmada, assim, a orientação da doutrina no sentido de que inexistente fase decisória no processo de recuperação judicial; não se pode emprestar ao acordo entre credores e devedor validade e eficácia plena sem o controle do Judiciário, desprezando a importância que a lei concedeu ao ato de homologação. A natureza jurisdicional desse controle faz, em suma, compreender o equilíbrio dos interesses envolvidos.

Essa constatação não implica negar a evolução do sistema brasileiro atual em direção à consensualidade, fato que resultou na limitação do poder decisório do juiz nos processos tendentes ao reerguimento do devedor e dividiu, também, o exercício da cognição, especialmente sobre algumas matérias fáticas, que deve se basear em informações suficientemente adequadas sobre o conhecimento das causas reais da crise, sua verdadeira dimensão e a possibilidade concreta de superação.

⁸⁰³ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**, cit., 1ª ed., 2011, pp.48-49.

Caso não esteja patente a impossibilidade de continuidade das atividades ou ser manifestamente inexequível a proposta ofertada pelo devedor, sendo disponíveis⁸⁰⁴ os interesses em questão, compete aos credores a análise não somente sobre a aceitação do plano proposto, como também sobre a possibilidade de serem cumpridas as promessas constantes de seus termos e a aptidão destas a superar a crise econômico-financeira da empresa. Essas limitações ao poder decisório do juiz, algo que é estabelecido em favor da deliberação dos credores, leva a pensar, entretanto, na possibilidade de violação de direitos e, portanto, na ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, assegurado pela Constituição Federal (artigo 5º, XXXV).

Todavia não há, abstratamente, conflito algum entre a solução negociada preconizada pela LRE com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A função social atribuída genericamente ao direito de propriedade pela Constituição e, de forma específica, pelo legislador infraconstitucional à empresa e ao direito de crédito, diferentemente do sistema anterior, não chegou ao ponto extremo de fixar somente requisitos formais para conferir o direito de reerguimento ao devedor; necessária agora a aquiescência do credor em processo de negociação estruturada, em que se demonstrem, a aqueles que sofrerão restrições em seus direitos a possibilidade de reorganização da empresa, a aptidão das medidas propostas à superação da crise e que essas representam a melhor opção para o cumprimento das obrigações.

Certamente a eficiência econômica, que traz vantagens aos envolvidos na crise da empresa e à sociedade, inspirou o legislador para a compreensão de que a solução imposta não é o melhor caminho. A verdadeira reorganização da empresa não constitui objetivo que se alcance sem a colaboração dos parceiros comerciais.

⁸⁰⁴ Conforme ressalta Heitor Sica, o princípio dispositivo é composto da ideia nuclear de poder dispor o titular do direito que o ordenamento lhe confere, “o que é válido tanto para o direito material quanto para o processual” (Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**, cit., 2º ed., p.273).

PARTE III

AUTONOMIA DA VONTADE E PODER JURISDICIONAL NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

8. LIMITES DO CONTROLE DE LEGALIDADE E DA CONSENSUALIDADE
NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL 9. CONCLUSÕES DA TERCEIRA PARTE 10.
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

8. LIMITES DO CONTROLE DE LEGALIDADE E DA CONSENSUALIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Sumário: 8.1. O controle judicial sobre a formação do litisconsórcio ativo 8.1.1 O controle judicial sobre o litisconsórcio ativo como solução formal (consolidação processual) 8.1.2 O controle judicial sobre a consolidação substancial 8.1.3 O litisconsórcio ativo na recuperação judicial e a competência do juízo: óbice ao acesso à justiça? 8.2 A assembleia geral de credores 8.2.1 A necessidade de instalação da assembleia de credores 8.2.2 Controle judicial e autonomia das partes sobre a regularidade do procedimento da assembleia de credores 8.2.3 O acordo de credores sobre o exercício do direito de voto 8.2.4 Restrição às tutelas de urgência para a suspensão da assembleia de credores e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 8.2.5 A intangibilidade da decisão da assembleia de credores determinada pelo §2º do artigo 39 da LRE e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 8.3 Controle judicial e o abuso do direito 8.3.1 A repressão ao abuso do direito 8.3.2 O desenvolvimento da noção de abuso do direito no ordenamento brasileiro - 8.3.3 O abuso do direito como instituto da Teoria Geral 8.3.4 A repressão ao abuso do direito no processo de recuperação judicial diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 8.3.4.1 Abuso do direito pelo devedor 8.3.4.1.1 Limites mínimos para a proposta 8.3.4.1.2 Controle de legalidade sobre outras condições de atenuação das dívidas: período de carência, prazo de pagamento, juros e correção monetária 8.3.4.1.3 Controle de legalidade sobre cláusulas potestativas 8.3.4.1.4 Controle de legalidade sobre cláusulas que violem disposição de lei 8.3.4.1.5 O controle judicial e o princípio da isonomia na recuperação judicial - 8.3.4.1.5.1 Divisão das classes em subclasses 8.3.4.2 Controle judicial sobre o abuso de direito do credor 8.3.4.2.1 O abuso do direito de voto no Direito Societário e a contrariedade a comunhão de interesses 8.3.4.2.2 A comparação do conflito de interesses no Direito Societário e no processo de recuperação judicial sob a perspectiva do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 8.3.4.2.3 A justificação do voto na recuperação judicial e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 8.3.4.2.4 A análise do abuso de direito cometido por credor com poder de veto ao plano de recuperação 8.3.4.2.5 A análise do abuso de direito cometido por credor concorrente do devedor 8.3.4.2.6 A análise do abuso de direito cometido por credor cessionário 8.3.4.2.7 A análise do abuso de direito pela persecução de fins anormais: a venda do voto 8.4 O controle judicial sobre a fraude e a ineficácia dos atos de alienação previstos no plano 8.4.1 A eficácia dos atos de disposição praticados pelo devedor e o fator de consensualidade 8.4.2 Análise dos fundamentos da eficácia dos atos de alienação na recuperação judicial 8.4.3 Meio de defesa de credor não sujeito à recuperação judicial atingido pelos atos de disposição previstos no plano 8.4.4 A extensão do controle jurisdicional sobre os atos de disposição na recuperação judicial 8.5 O controle jurisdicional à rejeição do plano de recuperação: o chamado “*cram down*” 8.5.1 A extensão do controle jurisdicional diante dos requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 58 da LRE 8.5.2 A extensão do controle jurisdicional diante do veto do devedor à alteração do plano proposta pelos credores 8.6 Controle de legalidade sobre a modificação do plano de recuperação judicial: da alteração dos elementos da demanda à relativização da coisa julgada 8.6.1 A modificação do plano de recuperação judicial e a relativização da coisa julgada formal 8.6.2 A modificação do plano e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 8.7 A decretação da falência na recuperação judicial 8.7.1 A decretação da falência por deliberação da assembleia de credores 8.7.2 A decretação da falência pela não apresentação do plano de recuperação no prazo fixado na lei 8.7.3 A decretação da quebra como decorrência da rejeição do plano de recuperação proposto pelo credor 8.7.4 A falência diante do descumprimento das obrigações assumidas no plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz.

Constatada a evolução do Direito brasileiro rumo ao consensualismo, para a reorganização da empresa em crise, e a ausência, ao menos teórica, de violação ao princípio da inafastabilidade do controle judicial pelo sistema instituído, cabe agora indagar: na prática, quais são as restrições à autonomia da vontade no processo de recuperação judicial? Quais os limites do poder jurisdicional? O sistema introduzido pela Lei n.11.101/05 dispõe de mecanismos para a proteção de interesses dos direitos envolvidos na crise?

Em uma pergunta, a questão a ser considerada é se na prática o sistema consensual instituído pela LRE é capaz de levar em conta todos os efetivos interesses presentes no processo de recuperação judicial.

Se a consensualidade representa o meio para a persecução dos objetivos previstos na lei, não se pode olvidar da proteção aos direitos dos envolvidos e, nesse sentido, ganha especial relevância o que a doutrina e a jurisprudência têm chamado de “controle de legalidade” a ser desempenhado pelo Judiciário sobre algumas questões fundamentais que antecedem a assembleia de credores e, especialmente, sobre suas deliberações, oportunidade em que concede a recuperação judicial ou decreta a falência do devedor.

Como tem apontado a doutrina, o controle de legalidade não se confunde com a análise da viabilidade econômica da atividade empresarial e nem mesmo do plano de reerguimento apresentado⁸⁰⁵. Essa constatação não ofusca a importância do Judiciário no processo em que se pretende solucionar a crise da empresa e também não reduz o caráter jurisdicional da atividade desenvolvida pelo juiz.

Como vimos, grande é a variação entre os sistemas no tocante aos poderes conferidos ao juiz no processo de reerguimento do devedor. Nos modelos alemão⁸⁰⁶, português e italiano⁸⁰⁷ são reservados ao Tribunal poderes apenas para um controle formal

⁸⁰⁵ Nesse sentido: CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. “Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência”, in **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.28.

⁸⁰⁶ Para o Direito alemão, como observa Guglielmucci, “L’Insolvenzgericht è collocato, infatti, nella posizione di supremo garante dell’autonomia privata e se il piano è accettato da tutti i gruppi di creditori e dal debitore e nessuno creditore propone opposizione ad omologa deve limitarsi ad un controllo di legittimità e non gli spetta alcun controllo sulla convenienza del piano” (Cf. GUGLIELMUCCI, Lino. “La legge tedesca sull’insolvenza (insolvenzordnung): del 5 ottobre 1994”, cit., in **Quaderni di Giurisprudenza Commerciale**, 2000, p.24).

⁸⁰⁷ Também no Direito italiano reduziu-se, após as recentes reformas, o papel do juiz na apreciação da proposta do devedor, atribuindo exclusivamente ao credor a apreciação sobre a conveniência do plano apresentado (Cf. TUMIETTO, Daniele. Modificazioni ed integrazioni nella domanda concordatária”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, p.117).

de regularidade da demanda e da conformidade do acordo ao Direito vigente naqueles países, neste último, aliás, modificando a tendência que se verificava antes da reforma de 2005⁸⁰⁸; já no sistema norte-americano, respeitado o regramento previsto na lei, bem maiores são os poderes da corte, inclusive para contrariar a vontade da maioria dos credores, podendo deixar de homologar plano aprovado ou homologar plano ainda que contra a vontade da maioria, se verificados os requisitos previstos na lei, cuja análise cabe ao magistrado⁸⁰⁹; no sistema francês, o reconhecimento da viabilidade da empresa cabe exclusivamente ao Judiciário, embora os termos do acordo seja algo a ser decidido pelos envolvidos⁸¹⁰.

Especificamente em relação ao processo de recuperação do Direito brasileiro, o desafio que agora se apresenta consiste em verificar qual é a extensão dos poderes do Judiciário, exercidos por meio do chamado controle de legalidade, diante da autonomia da vontade, especialmente vista sob o prisma do consenso das partes, para ter conhecimento, diante de questões específicas, se potencialmente estamos frente a hipóteses de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

A “contrario sensu”, chega-se a limites não expressos⁸¹¹ à autonomia da vontade, porque cotidianamente coloca-se nas mãos do Judiciário a questão de decidir o que decidir e o que deixar exclusivamente à vontade dos envolvidos para a superação da crise, com base no poder decisório que o ordenamento sistemicamente outorga aos sujeitos do processo.

Necessário saber, ainda, se há, no modelo idealizado pelo legislador da LRE, instrumentos processuais descritos na lei para a realização do direito material ou se é necessário suprir lacunas com base na integração do Direito, para que o sistema instituído não represente afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

⁸⁰⁸ Cf. SCARANTINO, Silvia. “La domanda: un caso pratico di concordato preventivo”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni 43, 2012, p.101.

⁸⁰⁹ Cf. WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p. 693.

⁸¹⁰ Cf. VIDAL, Dominique. **Droit des procédures collectives**, cit., 5^o ed., 2006, p.183.

⁸¹¹ Quanto aos limites expressos à autonomia da vontade constantes da LRE, relaciona Adriana Valéria Pugliesi: 1) previsão de prazo de pagamento de créditos trabalhistas; 2) a necessária concordância de credor titular de garantia real que grava determinado bem, para a sua alienação, supressão ou modificação da garantia; 3) a aprovação do credor, para a conversão dos seus créditos para a moeda nacional, se constituídos em moeda estrangeira; 4) vedação de tratamento diferenciado de credores de classe dissidente, para a aprovação do plano de recuperação via *cram down*; 5) higidez das garantias dos credores em relação a coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (“Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas”, cit., in Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), **Falência, insolvência e recuperação de empresas**, p.14).

Neste momento, volta-se a atenção à prática, a análise casuística⁸¹² na perspectiva da doutrina e da jurisprudência, no que se relaciona diretamente ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como ainda na necessidade de coexistência de princípios e harmonia entre eles, para que possam ser realizados na maior medida possível os valores incorporados no ordenamento⁸¹³.

8.1. O controle judicial sobre a formação do litisconsórcio ativo

Diante da visão instrumentalista do processo⁸¹⁴ e no contexto dos ideais que justificam a presença de mais de uma parte nos polos da relação processual⁸¹⁵, o litisconsórcio proporciona economia processual e evita decisões conflitantes. No processo de recuperação judicial, porém, o litisconsórcio ganha significado especial em termos de efetividade, evitando o insatisfatório enfrentamento parcial da crise vivenciada por um grupo econômico, que pode comprometer a solução de preservação da empresa quando há elevado grau de interdependência entre as sociedades componentes.

⁸¹² A casuística relativa ao processo de recuperação judicial, assim como no geral, demonstra o que as construções jurídicas podem criar de concreto, pois, como pondera Humberto Theodoro Junior, “muito mais se deve ocupar o cientista do processo em determinar como este há de produzir efeitos práticos na aplicação do direito material do que perder-se em estéreis divagações sobre conceitos abstratos e exacerbadamente isolacionistas do fenômeno formal e, por isso mesmo, secundário dentro do ordenamento jurídico” (“As vias de execução do Código de Processo Civil Brasileiro Reformado”, *in* Revista IOB Direito Processual Civil. Ano VIII- n.43. Setembro – outubro – 2006, p.32).

⁸¹³ As garantias constitucionais dos direitos do cidadão configuram de modo esquemático a situação subjetiva a tutelar e o direito de agir em juízo para a tutela desses direitos expressa um fenômeno que se manifesta, como aponta a doutrina, “nell’enunciazione di ‘concetti indeterminati’, di ‘concetti valvola’, di ‘clausole generali’, que rinviano a critério meta-giuridici la compiuta ‘determinazione’ dei precetti” (pp.14-15). A possibilidade de “‘controlare’ i presupposti valorativi dele ‘scelte’ effettuate, attraverso il filtro della motivazione, è quindi un fattore di incondizionata fiducia del cittadino nell’organo giurisdizionale” (COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garantia Costituzionale dell’azione ed il processo civile**, cit., 1970, pp.14-15 e 28).

⁸¹⁴ A instrumentalidade do processo verifica-se pela capacidade do instrumento de se adaptar às novas influências da realidade social, ditadas pelos perfis do direito material, que, por sua vez, cede aos influxos das necessidades sociais. (Cf. CLARO, Roberto Del. “Devido processo legal, direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil”, *in* **Revista de processo 126**. São Paulo: RT. Agosto de 2005. p.289).

⁸¹⁵ O cabimento do fenômeno da pluralidade de partes em um processo, seja em relação ao litisconsórcio ou à modalidade de intervenção de terceiros, afere-se no plano da relação jurídica material, que determinará ser obrigatório ou admissível, diante da possibilidade de que terceiros sejam atingidos pelo processo.

Para a formação do litisconsórcio em qualquer processo, deve haver um vínculo entre aqueles que ocupam o mesmo polo da relação processual, que pode ser mais ou menos intenso, a depender da relação que una seus integrantes⁸¹⁶.

No plano material, diante da realidade grupal e considerada a relevância dos grupos societários para a economia na atualidade⁸¹⁷, a lei acionária brasileira⁸¹⁸ distingue os grupos de fato e de direito⁸¹⁹, e a identificação dessas espécies se dá pela aferição, respectivamente, da existência de convenção grupal ou tão somente de participação de uma sociedade no capital social de outra⁸²⁰ ou apenas a unidade de direção entre diferentes empresas.

A situação concreta de crise pode se refletir na realidade de empresas componentes do mesmo grupo e até mesmo sofrer o fenômeno agravador, via propagação das dificuldades de uma sociedade à outra. Não obstante, não há na Lei de Recuperação de Empresas brasileira disciplina que trate da questão dos grupos econômicos e previsão para a

⁸¹⁶ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., 6ª ed., 2011, pp.127-128.

⁸¹⁷ Historicamente, como aponta Fábio Konder Comparato, o primeiro grupo societário e multinacional foi constituído pela família Medici e, “após a sua liquidação, no final do século XV, a experiência grupal foi praticamente abandonada no Ocidente, para só surgir séculos após”. O referido grupo substituiu suas agências no estrangeiro por verdadeiras sociedades locais, para isolar os riscos de que uma insolvabilidade local prejudicasse toda a empresa familiar (“Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença”, in **Direito Empresarial**: Estudos e Pareceres. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 1995, pp.261 e 264).

⁸¹⁸ A disciplina dos grupos econômicos, como esclarece Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, “é objeto no Brasil da Lei das S/A, inspirada em parte, nesse ponto, na Lei Societária alemã (*Aktiengesetz*), de 6.9.1965” (“Recuperação judicial de grupo de empresas”, in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coordenadores), **Temas de Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2014, p.341).

⁸¹⁹ Referindo-se à Lei n.6.404/76, enfatiza Renata da Mota Maciel Madeira Dezem que, em relação aos grupos societários de fato, “embora não mencionados expressamente na lei, são regulados por meio das regras que tratam das sociedades coligadas, controladoras e controladas, constantes do capítulo XX, assim como, do capítulo XXII, que trata dos consórcios, podem-se extrair regras sobre os grupos de coordenação” (**A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**, cit., 2016, p.226).

⁸²⁰ Dentre os grupos de direito, estão previstos pela lei duas espécies: os de subordinação, que ocorrem quando há o fenômeno do controle, ou seja, quando uma sociedade tem o direito de decidir sobre a atividade empresarial da outra, e o de coordenação, em que a direção é o elemento unificador (Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores), **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, pp.735-741 e SICA, Lígia Paula P. Pinto. “A disciplina dos grupos empresariais e a Lei de Recuperação de Empresas em crise e Falências: um convite a jurisprudência”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, pp.110-111).

formação do litisconsórcio ativo, deficiência que pode ser vista também em sistemas estrangeiros⁸²¹, especialmente no Direito europeu⁸²².

No Brasil, apesar da ausência de disposição expressa⁸²³, tal fato não leva a concluir pela impossibilidade de duas ou mais empresas requererem conjuntamente os benefícios da recuperação judicial. Veja-se que as disposições do Código de Processo Civil são aplicáveis supletivamente aos processos regulados pela LRE⁸²⁴.

A construção pretoriana tem sinalizado que, além da hipótese da existência de grupo econômico⁸²⁵, deve haver fundamento para sustentar a formação do litisconsórcio no caso concreto⁸²⁶ e, para isso, devem ser vistas as previsões da legislação processual aplicáveis à matéria, especialmente as situações previstas no artigo 113 do CPC, com o exame das “razões para o requerimento conjunto”⁸²⁷.

⁸²¹ Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores), **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, p.747.

⁸²² No Direito francês tanto no processo de *sauvegarde* como no *redressement*, ou ainda na *liquidation*, devem ser instaurados procedimentos específicos para cada uma das empresas, que devem assim pleitear a abertura de procedimentos próprios para as pessoas jurídicas que compõem o grupo; mas, se houver confusão patrimonial ou uma das pessoas jurídicas for fictícia, há previsão na lei para ser desconsiderada a personalidade das sociedades, unificando-se os procedimentos destinados às várias sociedades do grupo (Cf. JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 5º ed., 2007, p.82; SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 9ª ed., 2014, pp. 250-258).

⁸²³ Como enfatiza a doutrina, “não há norma alguma que surja de um dispositivo isolado. Não há norma antes da conformação de um dispositivo a todos os outros do sistema jurídico” (JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso do direito**. 1ª edição. Salvador: Juspodium. 2006, p.93).

⁸²⁴ Em vista da norma contida no artigo 189 da Lei n.11.101/05

⁸²⁵ Ressalta Fábio Ulhoa Coelho que, “para aceitar o litisconsórcio ativo na recuperação requerida, o Poder Judiciário tem considerado indispensável a existência de grupo econômico entre as requerentes” (**Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p.139). Acreditamos, contudo, que também o grau de interdependência das sociedades do grupo seja relevante para a formação do litisconsórcio, que poderá ser limitado com base na regra do art.113, parágrafo único do CPC, como veremos no próximo item, à medida em que a dependência de uma sociedade das demais não for tão significativa.

⁸²⁶ Nesse sentido, já se revogou decisão que deferia o processamento conjunto de recuperação judicial em relação a uma das sociedades, ante a não comprovação da “conexidade e coordenação de atividades” com as demais empresas que compunham o grupo econômico (Cf. AI. 2164872-13.2014.8.26.0000, Comarca de Itapevi, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Campos Mello, v.u. j. 29.02.2016). Nesse mesmo sentido, também foi revogada decisão que deferiu o requerimento de distribuição por dependência da recuperação judicial das empresas do Grupo OSX ao processo do grupo OGX, por “se tratem de conglomerados distintos, com quadros societários e atividades empresariais próprios, ativo e dívidas diversificadas” (Cf. AI. 0064637-04.2013.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 14ª Câmara Cível, rel. Des. Gilberto Guarino, v.u., j. 19.02.2014).

⁸²⁷ Nesse sentido: AI. 2123667-67.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u., j. 16.11.2015.

Nesse contexto, apesar de opiniões em contrário⁸²⁸, pode-se concluir que até mesmo a hipótese prevista no inciso I do artigo 113 do CPC pode, eventualmente, justificar o liticonsórcio ativo na recuperação, quando houver “comunhão de direitos e obrigações relativamente à lide”⁸²⁹. Imagine-se a situação em que garantias foram prestadas entre sociedades do mesmo grupo, que, diante dos quadros de endividamento individuais, tornaram-nas devedoras solidárias ou subsidiárias em relação a elevado percentual do passivo⁸³⁰ ou mesmo diante da existência de expressivo passivo trabalhista, pelo qual as sociedades componentes respondem solidariamente⁸³¹.

Na maioria das situações, contudo, serve de fundamento legal a hipótese descrita no inciso III do artigo 113 do CPC, que possibilita o liticonsórcio quando “ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito”. Consoante exemplos da doutrina, a crise econômico-financeira de empresas coligadas, controladoras, controladas ou que celebram convenções para a realização de objetivos comuns, pode ser devida aos mesmos fatores, como a “crise de energia, fatores climáticos, alteração da política cambial do governo nacional, desvalorização ou valorização excessiva da moeda nacional etc”⁸³², principalmente, se a crise de uma delas puder afetar sensivelmente a situação das demais⁸³³, como no caso de empresas do mesmo grupo, cujas atividades são complementares⁸³⁴.

Se a formação do liticonsórcio na recuperação é possível, por outro lado, não se pode presumir o extremo oposto, já que não há imposição para o requerimento conjunto, vale dizer, não há previsão de liticonsórcio ativo necessário para empresas do mesmo grupo

⁸²⁸ Entendendo de maneira contrária: CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Reflexão sobre o liticonsórcio ativo entre empresas componentes de grupo econômico na recuperação judicial”, *in* YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.473.

⁸²⁹ Nesse sentido, também: BASTOS, Joel Luis Thomaz. “Liticonsórcio ativo e consolidação substancial na recuperação judicial”, *In*: ELIAS, Luis Vasco (Coord.), **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.215.

⁸³⁰ Nesse sentido, já se decidiu pela viabilidade do pedido recuperacional conjunto, ante o “intenso vínculo negocial existente” entre as empresas, “pela celebração de diversos negócios em conjunto e estabelecimento de garantias cruzadas prestadas entre as recuperandas” (Cf. AI. 2014254-85.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Hamid Bdine, v.u. j. 15.06.2016).

⁸³¹ Cf. art. 2º, parágrafo 2º da CLT.

⁸³² Cf. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Reflexão sobre o liticonsórcio ativo entre empresas componentes de grupo econômico na recuperação judicial”, *cit.*, *in* YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, p.473.

⁸³³ Cf. COSTA, Ricardo Brito. “Recuperação judicial é possível o liticonsórcio ativo!”, *in* **Revista do Advogado**, AASP. Ano XXIX, n. 105. Setembro de 2009, p.178.

⁸³⁴ Nesse sentido: AI. 0067991-27.2016.8.26.0000, Comarca de Canoas, TJRS, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Luis Lopes do Canto, v.u., j. 04.04.2016.

econômico⁸³⁵ e essa conclusão pode se extrair da personalidade individual de cada sociedade, ainda que se trate de grupo de direito⁸³⁶, e do princípio dispositivo, que vige no âmbito do processo civil brasileiro, caso não haja previsão em contrário, e até mesmo porque nem todas as componentes grupais poderão estar diante de crise econômico-financeira que justifique o procedimento de recuperação (art.47 da Lei n. 11.101/05) ou, ainda que estejam, a situação crítica vivenciada por cada uma pode não ser hábil a influenciar decisivamente o destino das demais, dado o grau de autosuficiência e independência de cada sociedade do grupo.

O momento mais adequado para a manifestação de inconformismo do credor quanto à formação do litisconsórcio ativo é a primeira oportunidade em que intervir no processo ou no momento anterior ao da assembleia de credores, na apresentação de objeção ao plano (art.55 da Lei n.11.101/05), por evidente economia processual, para que sejam evitados atos inúteis e que comprometam a pronta solução da crise da empresa.

Deve-se reconhecer, contudo, que o credor poderá apresentar a qualquer momento impugnação à formação do litisconsórcio, mesmo que por meio de recurso da decisão que homologa a deliberação de aprovação do plano em assembleia de credores⁸³⁷. Se a LRE não dispõe sobre o litisconsórcio ativo na recuperação judicial, também não especifica prazo ou fase em que eventual impugnação à formação do litisconsórcio deva ser apresentada. Assim, não se pode falar em preclusão⁸³⁸ temporal da questão relativa à formação do litisconsórcio, até que seja concedida a recuperação judicial.

É preciso ter em conta que o requerimento conjunto da recuperação pode representar apenas um instrumento processual, em vista da instauração de um processo para

⁸³⁵ Nesse sentido: CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Reflexão sobre o litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupo econômico na recuperação judicial”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, p.470; BASTOS, Joel Luis Thomaz. “Litisconsórcio ativo e consolidação substancial na recuperação judicial”, cit., in: ELIAS, Luis Vasco (Coord.), **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.214.

⁸³⁶ Cf. FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. 1ª edição. São Paulo: Atlas. 2014, p.49.

⁸³⁷ Nesse sentido: COSTA, Ricardo Brito. “Recuperação judicial é possível o litisconsórcio ativo!”, cit., in **Revista do Advogado 105**, 2009, p.182.

⁸³⁸ O termo preclusão processual, conforme esclarece Heitor Sica, “é absolutamente amplo, designando dois institutos diversos, isto é, o fenômeno que impede que a parte pratique o ato depois do transcurso do tempo, depois de já tê-lo praticado, ou depois de ter praticado ato incompatível (respectivamente, preclusão temporal, consumativa e lógica); e o fenômeno que torna uma questão imutável depois de decidida” (Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**, cit., 2º ed., p.91).

o reerguimento de diversas sociedades do mesmo grupo, ou constituir solução unificada, com consequências substanciais. Para melhor análise de cada uma desses instrumentos e, especialmente, para a verificação da medida de incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e dos limites da autonomia das partes, convém o estudo em separado de cada uma dessas opções.

8.1.1 O controle judicial sobre o litisconsórcio ativo como solução formal (consolidação processual)

De forma geral, o litisconsórcio pode ser ativo ou passivo e ocorre quando há vários autores, vários réus, ou mesmo vários autores e réus, que podem figurar na relação processual desde o seu início, quando se diz que o litisconsórcio é originário, ou sucessivo, na hipótese de se acrescentarem outras partes no decorrer do processo⁸³⁹.

Na recuperação judicial, o litisconsórcio ativo pode preconizar a chamada consolidação meramente processual, que se baseia na conveniência das sociedades integrantes do mesmo grupo e na economia processual, dela não resultando a unificação dos ativos e passivos das respectivas empresas⁸⁴⁰, podendo ser apresentados planos de recuperação judicial individuais para cada sociedade ou único, cuja submissão aos credores deve ser analisada com base nos quóruns individuais dos credores de cada sociedade, de forma que a rejeição da proposta em relação a uma devedora não implica na desaprovação de todos os planos propostos.

A consolidação formal constitui, assim, litisconsórcio de modalidade simples⁸⁴¹, pois o desfecho do processo com relação a uma das sociedades pode não ser o mesmo das outras, podendo prosperar o reerguimento de algumas e ser decretada a falência das demais,

⁸³⁹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, cit., tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, v.1, 2º ed., 1985, p.104.

⁸⁴⁰ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Recuperação judicial de grupo de empresas”, cit., in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coordenadores), **Temas de Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**, 1ª ed., 2014, p.355. Como enfatiza o autor, “os credores de um devedor em crise contam especialmente com o patrimônio deste para o recebimento de seus créditos” (p.356).

⁸⁴¹ Como esclarece a doutrina, “o litisconsórcio será simples, ou seja, não unitário, pois a sentença poderá prover diferentemente em relação a cada autor, deferindo totalmente o pedido do autor A, em parte o pedido de B, talvez até denegando a pretensão de C” (Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p.12).

seja pela rejeição dos planos apresentados ou pelo descumprimento das obrigações deles constantes.

Não é correta a ideia, com a devida vênia, de que a apresentação de planos separados “causaria tumulto processual”⁸⁴², pela possibilidade de desaprovação de alguns planos e aprovação de outros, com a falência de umas sociedades e recuperação de outras; esse problema é contornável pela possibilidade de desmembramento futuro do processo.

Por outro lado, mesmo com a apresentação de planos individuais – ou mesmo único - e sem consolidação de ativos e passivos, a economia processual parece evidente, por haver apenas um administrador judicial; ser conjunta a reunião dos comitês de credores, se instalados; um só trâmite processual, com os mesmos prazos; uma assembleia apenas para todas as deliberações sobre o plano ou planos apresentados; além de vantagens relativas ao conhecimento da situação econômico-financeira integral do grupo pelos credores de todas as sociedades⁸⁴³.

Não se poderá falar, entretanto, de economia e celeridade, se fosse admitida a formação de litisconsórcio ulterior, em vista da necessidade da prática de atos e cumprimento de fases já ultrapassadas, especialmente, “em razão dos atos processuais de grande relevância concentrados logo ao início do processo”, que ficariam prejudicados com o ingresso tardio de uma nova empresa no polo ativo⁸⁴⁴.

⁸⁴² Nesse sentido: AI. 2215135-49.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, v.u. j. 25.03.2015.

⁸⁴³ Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores), **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, p.751-752.

⁸⁴⁴ Cf. COSTA, Ricardo Brito. “Recuperação judicial é possível o litisconsórcio ativo!”, cit., in **Revista do Advogado 105**, 2009, p.176.

Na recuperação judicial não há hipótese de litisconsórcio necessário⁸⁴⁵, trata-se apenas de litisconsórcio facultativo⁸⁴⁶, no qual permanecem distintas as ações, ainda que propostas no mesmo processo. Dessa constatação resulta que podem ser separadas as causas, a pedido das partes ou de ofício, quando a sua reunião tornar mais gravoso o processo, porque facultativo o litisconsórcio⁸⁴⁷, em decisão que cabe exclusivamente ao Judiciário e não propriamente às partes do processo, porque, em última análise, afeta mais interesses do que aqueles das partes diretamente envolvidas.

Pondere-se que a razoável duração do processo é garantia que deve ser sopesada pelo magistrado ao admitir o requerimento conjunto entre as devedoras, posto que, em algumas situações, pode comprometer a rápida solução do processo, levando à morosidade excessiva, agravando os danos marginais às partes e os problemas derivados do congestionamento judiciário⁸⁴⁸, sem que traga benefícios que suplantem essas consequências negativas.

⁸⁴⁵ Veja-se que nas hipóteses em que o pedido, da forma como fora proposto, somente pode se constituir objeto do processo se estiverem presentes diversos autores ou réus, o litisconsórcio será necessário, porque ele se resolve “em uma legitimação para agir necessariamente abrangente dos titulares da relação jurídica que o autor quer deduzir em juízo”, não tendo sentido, assim, ser proposta a ação apenas por um destes titulares ou em face de apenas um ou alguns deles (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, cit., tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, v.1, 2º ed., 1985, p. 107). Considerando que as situações de crise que afligem empresas do mesmo grupo econômico podem atingi-las de diversas maneiras, em intensidades diferentes, também a análise da espécie de litisconsórcio ativo que pode se formar se mostra relevante, especialmente, em vista da falta de necessidade de estarem presentes no polo ativo da demanda todas as sociedades componentes, e ainda do princípio dispositivo, revelando se tratar de litisconsórcio facultativo (Nesse sentido: COSTA, Ricardo Brito. “Recuperação judicial é possível o litisconsórcio ativo!”, cit., *in Revista do Advogado* **105**, 2009, p.177).

⁸⁴⁶ O litisconsórcio facultativo, no dizer da doutrina, “dà luogo quindi ad un cumulo soggettivo di diverse controversie che pur essendo inserite nell’ambito dello stesso processo rimangono distinte...il processo è solo formalmente unico, poiché alla pluralità delle parti che agiscono o sono convenute nel processo corrisponde una pluralità di rapporti processual tra loro scindibile che rimangono indipendente. Lo svolgimento del processo a litisconsórcio facultativo è retto, infatti, como ha chiarito la tradizionale dottrina, da due principi: il primo è quello dell’unità formale del processo nonostante la pluralità delle cause e il secondo è quello dell’autonomia-independenza sostanziale delle cause stesse” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, cit., 1ª ed., pp.349-350).

⁸⁴⁷ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, cit., tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, v.1, 2º ed., 1985, p. 110.

⁸⁴⁸ Apontando os malefícios do congestionamento judicial para o país, Heitor Vitor Mendonça Sica ressalta dentre outras consequências, que “volumes expressivos de riquezas deixam de circular na economia enquanto objeto de disputas judiciais; o sistema bancário restringe o crédito, e cobra muito caro por ele, sabedor que sua eventual recuperação tende a ser demorada, custosa e de eficácia incerta; o Estado se vê compelido a dedicar cada vez mais recursos para o Poder Judiciário, sem que se possam constatar resultados visíveis e duradouros em termos de redução do congestionamento judicial” (“Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia do acesso individual ao Poder judiciário”, cit., *in Garantismo Processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo*, 1ª ed., 2016, p.144). E, como pondera Joel Dias Figueira Junior, “a crise da jurisdição apresentadas num quadro de patologia crônica e endêmica, em que nenhum cidadão ou pessoa jurídica consegue ficar imune a elas, direta ou indiretamente” (“Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade”, cit., *in Arruda Alvim*

A esse propósito aplicável disposto no parágrafo 1º do art. 113 do CPC, que possibilita a limitação do litisconsórcio facultativo, quando o número de litigantes puder comprometer a rápida solução do litígio, e, no caso da recuperação judicial, também quando puder estar em risco a formação do consenso.

Em contrapeso, a referida regra de limitação do litisconsórcio deve ser mitigada na recuperação judicial à medida em que seja imprescindível a solução única para a crise do grupo de empresas, que é perceptível pelo grau de dependência de cada uma das sociedades em relação ao grupo, sob pena de, em algumas situações, não ser efetivo o processo aos fins a que se destina.

8.1.2 O controle judicial sobre a consolidação substancial

O litisconsórcio ativo no processo de recuperação judicial também pode levar à solução em que há integração total ou parcial de ativos e passivos das sociedades devedoras que demandam em litisconsórcio, de tal forma que seu patrimônio, ou parte dele, passa a responder por dívidas de outras sociedades do mesmo grupo econômico. Trata-se de uma forma mais profunda de equacionamento da crise vivenciada por um grupo de sociedades em reorganização, desenvolvida inicialmente pela jurisprudência norte-americana em casos de liquidação⁸⁴⁹.

Se há vantagens que podem estar relacionadas à unificação de ativos e passivos das sociedades que compõem único grupo, considerada como melhor forma de reorganização e enfretamento da crise, parece, contudo, que a solução esbarra em alguns limites, principalmente, aqueles decorrentes do agrupamento de credores para a apuração das maiorias no que se refere a: 1) eventual prejuízo sofrido por credores das devedoras que

(coord.), **Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC**: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis, 1ª ed., 2014, p.580).

⁸⁴⁹ A consolidação substancial, como esclarece Scott R. Bowling, “is a common law remedy in bankruptcy proceedings that “treats separate legal entities [of the debtor company] as if they were merged into a single survivor left with all the cumulative assets and liabilities (save for inter-entity liabilities, which are erased). The result is that claims of creditors against separate debtors morph into claims against the consolidated survivor.” (**Substantive consolidation and parties’ incentives in Chapter 11 proceedings**, p.346. Disponível em <<https://annualsurveyofamericanlaw.files.wordpress.com/.../341-b>>, último acesso em 07/04/2017).

contam com melhores ativos e maiores chances de reerguimento, em benefício dos credores das sociedades que estão em pior situação patrimonial⁸⁵⁰; 2) diluição do poder do voto.

Veja-se que o direito de crédito, como espécie do direito de propriedade, recebe proteção constitucional (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXII) e, desta maneira, qualquer solução que se der em termos de unificação de ativos e passivos das sociedades envolvidas tem que levar em conta a posição de todos os credores e, principalmente, a possibilidade de alteração do nível de garantias básicas de seus créditos, que se baseiam no patrimônio de cada uma das sociedades componentes do grupo.

Sob essa perspectiva, todos os credores de uma devedora em recuperação judicial, que preserva sua autonomia jurídica e patrimonial⁸⁵¹, são titulares de créditos que devem ser vistos com todos os seus predicados, inclusive em termos de possibilidade de realização frente ao patrimônio do devedor. A situação de crise econômico-financeira possibilita, contudo, seja negociada a forma de adimplemento entre devedor e credor e essa restrição subjetiva tem por base o ponto fundamental de que o patrimônio do devedor é a garantia de seus credores. Note-se que a negociação pode impor ao credor dissidente solução prejudicial em perspectiva de recebimento, pelo agrupamento a sociedades que estejam em piores condições do que a devedora, “alterando o poder decisão de cada classe e a capacidade de pagamento de cada empresa”⁸⁵², representando uma ilegítima interferência no direito de propriedade (sobre o crédito).

⁸⁵⁰ Apesar de ser a consolidação substantiva uma ferramenta valiosa nos Estados Unidos, também para os devedores em reorganização sob o Chapter 11, ressalta a doutrina que, “because the merged entities may be more or less solvent, as in the simple model above, substantive consolidation harms creditors of the more-solvent entities and benefits creditors of the less-solvent entities. By disregarding the debtor entities’ corporate forms, this technique stands in tension with at least some creditors’ ex ante expectations regarding the risk and value of their loans to those entities. It has the potential to change, and often does change, parties’ state-law property rights in bankruptcy, despite the absence of any Bankruptcy Code provision specifically authorizing such a remedy. The drastic effect this technique has on creditors’ rights raises the following normative question: when, if ever, is substantive consolidation appropriate?” (BOWLING, Scott R. **Substantive consolidation and parties’ incentives in Chapter 11 proceedings**, cit., p.346).

⁸⁵¹ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Recuperação judicial de grupo de empresas”, cit., in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coordenadores), **Temas de Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**, 1ª ed., 2014, p.341.

⁸⁵² Nesse sentido: AI 0485555-22.2014.8.21.7000, Comarca de Santa Rosa, TJRS, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, v.u., j. 28.05.2015. É importante destacar, como esclarece o relator, que “a existência de grupo econômico não enseja a criação de uma nova personalidade jurídica e tão pouco induz à solidariedade das integrantes em face das suas obrigações, restando intacta a personalidade de cada uma, além dos patrimônios autônomos”. Nesse sentido, também, deferindo a formação do litisconsórcio, mas indeferindo a pretensão de apresentação de planos unificados e votação conjunta: AI. 1.0441.15.000772-8/001, Comarca de Muzmibinho, TJMG, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Albergaria Costa, v.u., j. 25.08.2016.

Não se pode pretender impor mais sacrifício do que a lei já impõe ao credor. Nos referimos a sacrifício maior, porque, na realidade, aquele credor específico pode estar contribuindo para a solução de problemas de empresas com quem não contratou e não manteve nenhuma relação comercial, em prejuízo de sua melhor posição diante do patrimônio da devedora original. Por outras palavras, não se poderia socializar o custo da crise da empresa em relação a quem não fora seu parceiro comercial ou credor a qualquer outro título, sem que haja a necessária concordância ou que haja uma causa justificada para essa solução.

Quanto a diluição do poder de voto, fica fácil compreender que os votos dos credores de determinada recuperanda terão menor relevância para determinar os destinos do devedor, se os credores das demais sociedades em recuperação forem proporcionalmente em maior número e/ou titularizarem créditos proporcionalmente maiores diante do quadro de endividamento de cada sociedade do grupo⁸⁵³.

Quando, então, aplicar a consolidação substancial como forma de reorganização de um grupo societário?

Apesar da ausência de disciplina e das incertezas sobre o emprego do instituto⁸⁵⁴, pode haver situações em que a junção de patrimônios pode representar, no caso concreto, medida imprescindível à solução da crise econômico financeira do grupo devedor e não ocorrer propriamente ofensa aos direitos dos credores. Veja-se que a fusão entre sociedades, medida profunda e abrangente, que tem os mesmos efeitos práticos para os credores, é uma modalidade de solução que pode ser proposta na recuperação (LRE, art.50, inciso II).

Nesse contexto, a consolidação substancial, além de imprescindível em alguns casos ao reerguimento do grupo de empresas, pode representar solução equânime em algumas situações.

⁸⁵³ Já se decidiu pela “impossibilidade de diluição do peso do voto de determinado credor, em benefício do credor de outra recuperanda, sob pena de violação do direito subjetivo que a este é garantido pela lei específica. O voto do credor deverá ter o peso estipulado por lei, que é atrelado proporcionalmente ao valor do crédito relativo a sua devedora” (Cf. AI. 0014865-67.2016.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 22ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, v.u., j. 26.07.2016).

⁸⁵⁴ Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores), **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, p.771.

A hipótese mais evidente em que a consolidação substancial não encontra óbice, embora de difícil ocorrência, é aquela em que acolhida à unanimidade ou pelas maiorias de cada uma das classes de credores de todas sociedades do grupo. Lembremos que os direitos envolvidos são disponíveis, cabendo ao Judiciário questionar se os credores não submetidos à recuperação judicial seriam prejudicados em virtude de não restarem bens a alguma das sociedades do grupo, sobre os quais possa incidir responsabilidade patrimonial relativas a obrigações extraconcursais, após a junção de ativos e passivos⁸⁵⁵ e se a solução proposta não representa ofensa à ordem jurídica e, mais especificamente, aos objetivos da LRE⁸⁵⁶.

Também a confusão de esferas entre as sociedades devedoras, que autoriza o desconhecimento da personalidade jurídica para fins de responsabilidade patrimonial, justifica o litisconsórcio ativo para a recuperação, com a chamada consolidação substancial⁸⁵⁷.

Como já nos referimos em outra oportunidade⁸⁵⁸, “a confusão de esferas envolve os elementos da empresa que deveriam se distinguir de forma precisa daqueles

⁸⁵⁵ É preciso ter em mente, também, que a recuperação judicial não deve servir como meio de equacionar de forma que não seja equânime problemas entre credores diversos, sujeitos e não sujeitos ao concurso. Por outras palavras, a crise pode prejudicar os credores, o tratamento desigual dos credores de classes diversas ou da mesma classe pode se justificar diante de desigualdades que os desequiparam; não se pode, todavia, prejudicar aqueles que estão fora do processo em favor daqueles que dele participam. Nesse sentido, deve o processo de recuperação ser aproveitado como sede própria para discussão da justiça da solução preconizada também em relação aos credores não sujeitos à recuperação, caso venham intervir no processo.

⁸⁵⁶ Como seria o caso de prever o plano a total liquidação de ativos, em afronta ao disposto no art. 47 da LRE.

⁸⁵⁷ Como apontou o Tribunal paulista, em recurso interposto no caso da OAS, que “certamente era de conhecimento de todos os credores das agravadas, ao tempo em que firmaram os negócios que originaram os créditos que hoje fazem parte do pedido recuperacional, até porque consta que referidas empresas apresentavam-se ao mercado como integrantes do grupo empresarial, tendo a coagravada OAS S/A, a controladora, na liderança das atividades, como se vê do organograma de fls.591... A integração das empresas agravadas num mesmo grupo empresarial, de forte atuação na área de infraestrutura do país, com certeza foi considerada como fator relevante pelos credores nos contratos por ele celebrados, inclusive naqueles envolvendo a captação de investimentos e a concessão de créditos, como é o caso do recorrente”. Nesse caso, também foram levados em conta os fatos relativos à coincidência do endereço de sede de algumas das empresas do grupo e do objeto social delas ligados à construção civil (Cf. AI. 2084379-15.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, por maioria, j. 31.08.2015).

⁸⁵⁸ Cf. RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2016, p.73. Consoante observado, “no tocante à confusão de esferas sob o aspecto externo, ela normalmente ocorre com a apresentação da pessoa jurídica como se fosse um departamento da sociedade principal ou por meio de confusão relativa à denominação de duas ou mais sociedades, possibilitada pela semelhança de nomes ou pelo uso de propaganda que veicule o nome de mais de uma sociedade. A confusão de personalidade sob o aspecto externo demonstra que o aparato social pode ser indutor de confusão, levando terceiros a erro quanto às qualidades de quem negocia. Em suma, se a confusão de esferas, seja relativa à denominação, à organização ou ao patrimônio, for aliada à insolvência da sociedade, deverá justificar a não observância da autonomia entre as sociedades envolvidas, para permitir a responsabilização patrimonial” (p.76).

relativos aos seus sócios, sejam eles pessoas físicas ou outras pessoas jurídicas.⁸⁵⁹ De forma geral, a confusão de personalidades pode se revelar tanto sob o aspecto interno, com relação a elementos específicos da empresa, quanto externamente, com relação à imagem que a pessoa jurídica projeta perante terceiros”.⁸⁶⁰

Nesse sentido, quando um grupo corporativo funciona como um todo, aparece externamente latente a “identidade substancial”, que levou os credores a contarem com o devedor como se o grupo fosse única entidade⁸⁶¹; mas, observe-se, a consolidação substancial deve ser utilizada em circunstâncias extraordinárias, apenas quando cada devedor carece de uma identidade separada, de tal forma que a personalidade individual das componentes do grupo não deve mais ser reconhecida⁸⁶².

A confusão patrimonial, forma mais comum de confusão de esferas sob o aspecto interno, demonstra-se pela unidade econômica com a mistura de patrimônios que deveriam ser absolutamente distintos⁸⁶³. Se ocorreu confusão patrimonial entre sociedades do mesmo grupo, de forma que não se justifica a manutenção das personalidades individuais, não haverá que se falar em separação de responsabilidades e, evidentemente, em violação dos direitos dos credores das sociedades em melhor condição de solvabilidade, até mesmo porque essa situação favorável de uma sociedade diante das demais pode decorrer ou estar comprometida justamente pelo esvaziamento patrimonial de uma em favor de outras empresas do mesmo grupo.

⁸⁵⁹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246.

⁸⁶⁰Cf. KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 2ª edição Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.106.

⁸⁶¹ Como observa a doutrina, em muitas situações “o próprio credor conhece e analisa a solidez do grupo como um todo antes de realizar a transação” (Cf. BASTOS, Joel Luis Thomaz. “Litisconsórcio ativo e consolidação substancial na recuperação judicial”, cit., *In*: ELIAS, Luis Vasco (Coord.), **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.216).

⁸⁶² Com relação à consolidação substancial, tratada como medida extraordinária em hipóteses de confusão de esferas entre sociedades do mesmo grupo, ressalta a doutrina que: “when a corporate group functions as a single whole, courts may be quick to find “substantial identity.” They may be easily persuaded that creditors relied on the debtor as a single legal entity. Such reasoning is hard to resist when, in cases such as WorldCom, confirmation will lead to a quick exit from bankruptcy and the creditors overwhelmingly support the plan. For this reason, every prudent lender is well advised to document reliance on corporate separateness as part of every extension of credit... Substantive consolidation may be allowed only under narrow and extraordinary circumstances. Courts might permit it only when each debtor so lacks a separate identity that the legal forms should no longer be recognized or when the different debtors' affairs are so entangled and assets so meager that unscrambling the mess is not worth the cost”. (BAIRD, Douglas G. “Bankruptcy’s Uncosted Axioms”, cit., in **Yale Law Journal** 108 (1998-1999), p.21).

⁸⁶³ Cf. DOBSON, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)**. 2ª edição. Buenos Aires: Depalma. 1991, p.598.

Assim, a apresentação de um plano único, aliada à unificação dos credores das diversas sociedades do grupo para a apuração das maiorias, corresponde a uma solução voluntária que desconsidera a personalidade jurídica⁸⁶⁴, e pode ser, no caso concreto, a medida adequada e até equânime. Veja-se que, em execuções individuais, caso não houvesse o pedido de recuperação, os credores de uma das sociedades poderiam atingir o patrimônio das demais do mesmo grupo na hipótese de confusão de esferas generalizada ou em uma de suas modalidades, como a mistura de patrimônios.

Esse tema também é preocupante em outros sistemas, como no Direito francês, cuja lei aponta como saída a unificação de procedimentos tendentes ao reergimento de devedores diversos ou mesmo de suas liquidações, em decorrência da confusão de esferas, para atribuir solução única às várias sociedades de um mesmo grupo, desde que uma ou mais pessoas jurídicas sejam fictícias ou tenham seus patrimônios confundidos⁸⁶⁵.

No Direito norte-americano, o *Bankruptcy Code* determina expressamente a possibilidade da fusão ou consolidação do devedor com uma ou mais pessoas (Seção 1123 (a) (5) (c)), como forma de proporcionar meio adequado para execução do plano de reorganização entre empresas que formaram estruturas complexas e interconectadas, mas que, mesmo que aprovada à unanimidade, deve ser submetida à apreciação do tribunal, para que sejam atingidos objetivos consistentes com aqueles previstos na lei, para análise dos benefícios globais trazidos pela consolidação e do resultado equitativo que resultará para os credores das sociedades⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ Como observou o Des. Fábio Tabosa, “a apresentação de um plano único para diversas empresas componentes de um grupo envolve autêntica desconsideração voluntária da personalidade jurídica” (Cf. AI. 2011357-84.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u. j. 27.06.2016).

⁸⁶⁵ Cf. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 9ª ed., 2014, pp. 252-258. Sob essa perspectiva, a ação de extensão do Direito francês apresenta como condições de fundo a confusão de patrimônios ou a constatação de que uma ou mais sociedades do grupo são fictícias. Ressalta a autora que “la mesure de cette confusion est difficile à cerner et la jurisprudence a solvante manqué de clarté, notamment, en matière de groups de sociétés. À la lecture des arrêts les plus récents, il apparaît que les juges doivent clairement établir, soit une confusion des patrimoines, soit uma fictivité de la personne morale” (p.252). A confusão de patrimônios resultará da existência de relações financeiras anormais entre as sociedades, de transferências de patrimônio de uma a outra sociedade do grupo sem a respectiva contrapartida ou mesmo deduzida de uma desordem generalizada da contabilidade, de sorte que se torna impossível distinguir entre seus ativos e seus passivos. Mas, como ressalta a doutrinadora, “une société peut être fictive sans que se constatent des flux financiers anormaux dès lors qu’elle est dépourvue d’affectio societatis” (p.256). Nessa hipótese, uma ou mais sociedades do grupo seriam uma fachada, “une apparence de société”, porque a utilização da personalidade jurídica de uma sociedade serviria aos interesses de uma outra de forma estável (pp.256-257).

⁸⁶⁶ Cf. SINGERMAN, Paul Steven, BATES, Douglas A., SINGERMAN, Berger, P.A. “Substantive consolidation in bankruptcy”, *In Southeastern Bankruptcy Law Institute: Thirty-first annual*

Em nosso sistema, cabe ao Judiciário verificar se a confusão patrimonial é apenas restrita ou absolutamente generalizada, o que certamente deve levar a soluções diversas em relação à total ou à parcial junção de ativos e passivos das sociedades devedoras, sob pena de poder não haver proporcionalidade na divisão de obrigações entre as recuperandas. No caso de não ser aferido o grau de “simbiose” entre as empresas do mesmo grupo durante a recuperação judicial, ainda que seja apresentado plano único, ele deverá ser votado separadamente pelos credores de cada uma das sociedades. Se a recuperação, por qualquer motivo, for convolada em falência para todas as sociedades do grupo, deverá ser verificada a intensidade da confusão, para que seja fixada a necessidade de separação das massas e desmembramento das respectivas falências⁸⁶⁷.

Também em casos em que existem garantias cruzadas entre as devedoras em tal quantidade que possa comprometer a solvabilidade das sociedades, chega-se às mesmas consequências práticas do que a desconsideração da personalidade jurídica, porque já está estendida a responsabilidade patrimonial entre as sociedades. Nessa situação, também não é possível falar em prejuízo específico aos credores de uma sociedade que se encontre em melhores condições de solvabilidade, justamente porque já comprometido o seu patrimônio com as aludidas garantias prestadas a outras sociedades do mesmo grupo. Nesse contexto, já se decidiu que o grau de interligação patrimonial, não somente do cruzamento de participações societárias, mas da assunção de obrigações cruzadas e recíprocas no grupo de sociedades, demonstra o liame negocial e justifica a reunião de ativos e passivos entre as empresas⁸⁶⁸.

Mas, não se pode, por meio da consolidação substancial derivada de um plano de recuperação unificado, pretender-se limitar a responsabilidade patrimonial no tocante às obrigações assumidas e isentar uma ou alguma das sociedades do grupo do risco de falência

Seminar on Bankruptcy Law. Atlanta. 2005. p. 15. Disponível em: <http://www.sblinc.org/archive/2005/documents/395187.pdf>, ultimo acesso em 29.04.2017. Nesse sentido, apontam os doutrinadores que: “However, even if the creditors unanimously approve a plan proposing substantive consolidation, the bankruptcy court still has the duty to make an independent determination of whether each element of 11 U.S.C. 1129(a) is satisfied, including a determination of whether the plan will fairly achieve a result consistent with the Code. In making this determination, courts will generally look to the substantive consolidation standards described supra, paying close attention to the interconnectedness of the debtor entities, the overall benefits gained from consolidation and whether equitable treatment will result for creditors from the plan” (p.15).

⁸⁶⁷ Nesse sentido: AI. 2181105-85.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 11.03.2015).

⁸⁶⁸ Nesse sentido: AI. 2084379-15.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, por maioria, j. 31.08.2015.

e da respectiva responsabilidade⁸⁶⁹. Veja-se que, em se tratando de consolidação substancial, o litisconsórcio que se formará com as empresas do grupo, embora facultativo, será unitário⁸⁷⁰, pois, se existe concretamente o pressuposto da corresponsabilidade patrimonial no momento da apresentação do plano, não há motivos para que deixe de existir no momento do cumprimento das obrigações ou da aplicação da sanção pelo seu descumprimento.

Mas, em termos da incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, indaga-se: a quem cabe decidir sobre o litisconsórcio que implique na consolidação substancial?

Há decisões dos nossos tribunais mencionando a possibilidade do pedido conjunto de sociedades do mesmo grupo, “desde que presentes elementos que justifiquem a apresentação de plano único, bem como a posterior aprovação de tal cúmulo subjetivo pelos credores”⁸⁷¹, e alguns arestos que, de forma mais direta, determinam que a competência para decidir acerca da unificação ou não dos credores é da assembleia geral⁸⁷².

Com a devida vênia, é preciso dizer que não cabe a deliberação sobre a consolidação substancial somente aos credores, pois, se não estiverem presentes os pressupostos justificadores do litisconsórcio ou, mais ainda, de apresentação de um plano que determine a unificação das dívidas, cabe ao Judiciário⁸⁷³, mesmo que aprovado o plano, deixar de homologá-lo, caso não se obtenha a aprovação da maioria dos credores em cada classe, considerados separadamente os quadros de credores das sociedades. Há, aqui, um limite entre o consenso e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

⁸⁶⁹ Nesse sentido: AI. 2011357-84.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u. j. 27.06.2016.

⁸⁷⁰ Como aponta a doutrina, no litisconsórcio unitário, seja necessário ou facultativo, “a decisão deve ser a mesma para todos os litisconsortes”, eis que o objeto da demanda é incindível (Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**, cit., 19ª ed., 2010, p.12).

⁸⁷¹ Nesse sentido: AI. 0281187-66.2011.8.26.0000, Comarca de Itatiba, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, v.u. j. 26.06.2012.

⁸⁷² Nesse sentido: AI. 0057328-58.2015.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 14ª Câmara Cível, rel. Des. José Carlos Paes, v.u., j. 25.11.2015; AI.9041423-06.2008.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Lino Machado, v.u., j. 01.04.2009.

⁸⁷³ Nesse sentido, também: AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p.17. Como enfatizam os autores, “a decisão da consolidação substancial compete ao juiz, não à ou às assembleias gerais de credores” (p.17).

Imaginemos a hipótese em que, embora se esteja diante de um verdadeiro grupo de empresas, todas em dificuldades, com elevado grau de dependência umas das outras, a justificar o litisconsórcio, mas em que uma das sociedades apresente proporcionalmente mais ativos do que as outras, menor passivo e reduzido grupo de credores. Nessa situação, os credores das demais sociedades, em maior número e com votos de maior peso, tenderiam a impor sua vontade, com a aprovação de plano único, porque aumentariam a garantia de recebimento de seus créditos; no entanto, se não houver a aquiescência da maioria dos credores de todas as sociedades ou não estiverem presentes a confusão de esferas ou a existência de responsabilidade solidária ou garantias cruzadas que possam comprometer o patrimônio de todas as sociedades, a homologação da decisão da assembleia de credores chancelaria solução injusta e sem arrimo legal, em prejuízo dos credores da sociedade em melhores condições de solvência de suas obrigações, mas com poder de voto diluído.

É preciso lembrar que a LRE oferece ampla possibilidade da utilização de meios de reerguimento do devedor, referidos em rol não taxativo, e até mesmo a fusão de sociedades com todos os seus ativos e passivos é possível. Podem os credores de uma sociedade em recuperação deliberar pela fusão a outra sociedade individualizada ou não, desde que haja aquiescência dos credores dessas sociedades; se ambas estiverem em recuperação judicial, em litisconsórcio ou não, basta a aprovação da solução de fusão pelas maiorias dos credores das duas sociedades, não havendo necessidade de que a decisão seja unânime.

Coisa bem diversa, porém, é querer impor solução que implique a fusão entre ativos e passivos de sociedades diversas, como no caso da consolidação substancial, impondo aos credores da sociedade de menor passivo, em número de credores e em valor de créditos, uma solução que a maioria de cada uma das classes dos seus credores não aprove. Para se impor a decisão da maioria simplesmente unificada dos credores de todas as sociedades envolvidas, diluindo o poder de voto de alguns credores, é preciso que o Judiciário constate, de preferência antes da votação, para que não sejam realizados atos inúteis, se ocorre a chamada confusão de esferas entre as sociedades em questão, responsabilidade solidária ou garantias cruzadas em significativa porcentagem do passivo das sociedades, para que não haja superação da autonomia patrimonial das empresas do mesmo grupo sem que haja causa que a justifique⁸⁷⁴.

⁸⁷⁴ Como esclarecem Sheila Christina Neder Cerezetti e Francisco Satiro: “A não ser que se tenha decidido em assembleias separadas ou por decisão judicial que a autonomia patrimonial das autoras deve

Do que se expôs, pode-se concluir que a verificação das questões relacionadas ao litisconsórcio submetem-se ao necessário conhecimento e poder decisório do juiz, seja em vista de mera consolidação formal ou até mesmo nas hipóteses de consolidação substancial, para que sejam preservados os direitos dos credores dissidentes e os objetivos do ordenamento e, mais especificamente, da LRE; do contrário, haveria frontal violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, posto que podem resultar prejuízos superiores a aqueles compreendidos nas limitações impostas ao direito dos credores pelo sistema criado pela LRE.

8.1.3 O litisconsórcio ativo na recuperação judicial e a competência do juízo: óbice ao acesso à justiça?

As regras de competência funcionam como ligação entre a previsão abstrata da lei e a atuação concreta da jurisdição, ou, nas palavras de Yarshell, constata-se que, “no caminho entre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (conceitual e atípico) de um lado, e a prestação em concreto da tutela jurisdicional, de outro lado, situam-se entre outras, as regras de competência”⁸⁷⁵.

Poderiam, então, as regras de competência, ou a ausência delas em determinados casos, obstar o direito à tutela jurisdicional em concreto, colidindo com a garantia de acesso à justiça?

Para resposta a essa pergunta, na seara do Direito Concursal, imagine-se a hipótese de duas empresas do mesmo grupo econômico que têm sedes em diferentes cidades e para quais é relevante ou até imprescindível ajuizar um só pedido de recuperação judicial; nessa situação, seria possível o processamento dos pedidos quando diversas as competências? Da resposta negativa, poder-se-ia extrair alguma consequência substancial contrária ao sistema recuperacional estabelecido pela LRE?

ser superada no caso concreto – isto é, que a consolidação substancial deve ser aplicada -, a separação de informações e de organização dos credores para a tomada de decisão há que se impor” (Cf. CEREZETTI, Sheila Neder; SATIRO, Francisco – “A silenciosa consolidação da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais”, in Revista do Advogado. São Paulo. v.36. n.131. out. 2016, p.221).

⁸⁷⁵ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.178.

Nesse tocante, falta instrumentalidade à Lei n.11.101/05 pela ausência de regras processuais para a fixação da competência em caso de requerimento conjunto entre empresas do mesmo grupo, em especial, aquelas localizadas em lugares diversos.

O critério posto na LRE para a determinação da competência para o requerimento individual é aquele constante do artigo 3º, que dispõe ser competente o juízo do local do principal estabelecimento do devedor. Em se tratando de grupo de empresas, não deverá ser o critério de porte econômico de comparação entre as sociedades o fator determinante e sim o do centro decisório, “o local de onde emanam as principais decisões estratégicas, financeiras e operacionais do grupo”⁸⁷⁶, ainda que a sede se situe em outro local⁸⁷⁷.

Levando em conta que a competência se prorroga quando assim determina a lei ou por convenção ou omissão das partes, que deixam de se opor à escolha do autor, é importante destacar a principal diferença entre as chamadas competências absoluta e relativa, e classificar em quais das espécies se amolda a previsão contida no artigo 3º da Lei n.11.101/05.

Veja-se que a competência costuma ser classificada como relativa ou absoluta, conforme comporte ou não modificação, quer seja pela vontade das partes ou por outros fatores. O problema da prorrogação convencional da competência, “resolve-se no grau de imperatividade das normas processuais”, que são cogentes em sua maioria, mas, em determinadas situações, são dispositivas⁸⁷⁸.

Nem sempre a competência fixada em razão território é relativa, diante da existência de competência territorial de natureza absoluta fixada na lei comum (art.47, *caput*,

⁸⁷⁶ Cf. AI. 0080995-49.2013.8.26.0000, Comarca de Cotia, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Alexandre Marcondes, v.u., j. 21.05.2013. Nesse sentido, também: AI. 000927-83.2016.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, v.u., j. 26.04.2016; STJ, REsp 1006093/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 20.05.2014; AI. 0064637-04.2013.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 14ª Câmara Cível, rel. Des. Gilberto Guarino, v.u., j. 19.02.2014.

⁸⁷⁷ Cf. BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p.73. Como aponta o autor, “não seria recomendável admitir que o principal estabelecimento seria aquele assim declarado no contrato social (ou estatuto) arquivado na Junta Comercial, pois isso permitiria ao empresário desonesto fixar sede contratual em local de difícil acesso a seus credores” (pp.72-73).

⁸⁷⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, cit., 6ª edição, Vol. II, p.723.

do CPC) e também na LRE (art.3º)⁸⁷⁹. No caso específico dos processos de falência ou de recuperação judicial, a lei não se refere à sede indicada no ato constitutivo⁸⁸⁰, mas ao foro do principal estabelecimento, o que é natural, porque, como observa Dinamarco, a convocação de credores e a arrecadação de bens devem ser feitas “no lugar onde a empresa vive e está ativa, o que é um significativo fator de fixação ao seu território”⁸⁸¹.

Lembremos que as regras de competência limitam o exercício da jurisdição para dar suporte à garantia do juiz natural⁸⁸², opondo-se a outra garantia, também constitucional, relativa à liberdade das partes.

Divide-se, então, a doutrina, apontando alguns autores⁸⁸³ não ser cabível a formação do litisconsórcio ativo na recuperação, quando as sociedades componentes do grupo se localizam em comarcas diversas, enquanto outros tendem a sua admissibilidade⁸⁸⁴.

Já se decidiu, inclusive, que a competência de juízos diversos impediria o ajuizamento conjunto da recuperação judicial, em vista da localização dos principais estabelecimentos de sociedades componentes do mesmo grupo em diferentes comarcas⁸⁸⁵, em vista da dificuldade de participação dos credores, em especial dos trabalhadores, nas assembleias que se realizariam em locais distantes⁸⁸⁶.

⁸⁷⁹ Nesse sentido, também: BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**, cit., 10ª ed, 2014, p.72.

⁸⁸⁰ Em outros sistemas, como o argentino, a lei determina a competência do juiz em que se localiza o domicílio da pessoa jurídica regularmente constituída (art. 3º, incisos 3º e 4º, da L.C.Q.); mas, como observa Dario J. Graziabile, a jurisprudência tem reconhecido a competência do lugar em que se desenvolve a atividade da sociedade, quando se trata de domicílio fictício, para não prejudicar a ação dos credores ou eludir a competência de determinados tribunais, impondo ao devedor o ônus da prova e “siempre haciéndose prevalecer la realidad por sobre la apariencia” (Cf. GRAZIABILE, Dario J. “Jurisdicción concursal, juez, competencia y fuero de atracción”, cit., *in Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso*, 1ª ed., 2005, pp.305-306).

⁸⁸¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p. 557.

⁸⁸² Idem, p.114.

⁸⁸³ Nesse sentido: CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Reflexão sobre o litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupo econômico na recuperação judicial”, cit., *in YARSHELL*, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, pp.475-479.

⁸⁸⁴ Nesse sentido: DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**, cit., 2016, p.229; FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**, cit., 1ª ed., 2014, p.49; SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2016, p. 230; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.18.

⁸⁸⁵ Cf. AI. 645.330-4/4-00, Comarca da Capital, TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec. Jud. Dir. Priv., rel. Des. Pereira Calças, v.u. j. 19.11.2008

⁸⁸⁶ Nesse sentido: AI 0346981-05.2009.8.26.0000, Comarca da Capital, TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec. Jud. Dir. Priv., rel. Des. Pereira Calças, v.u. j. 15.9.2009.

À primeira vista, poderia parecer correto negar a formação do litisconsórcio ativo nessa situação, se pensarmos que se trata de competência absoluta e, portanto, improrrogável. Veja-se que, para o cúmulo de demandas, é necessário que seja competente o mesmo juízo (art. 327, parágrafo 1º, do CPC).

Contudo, se a recuperação de uma das sociedades depender necessariamente também do reerguimento das demais do mesmo grupo, qual a solução diante do princípio da preservação da empresa e da garantia do acesso à justiça?

Em desfavor dos argumentos contrários à formação do litisconsórcio entre devedoras do mesmo grupo sediadas em diferentes comarcas, em especial, aqueles atinentes aos credores mais desprotegidos, como os trabalhadores, que não podem se deslocar a pontos distantes para as assembleias, pensemos nas novas tecnologias e na realização de assembleias virtuais⁸⁸⁷, bem como na possibilidade de representação sindical⁸⁸⁸. Pondere-se, ainda, considerando a situação daquelas empresas que, apesar da unidade formal, têm filiais em regiões distantes do país e que, para estas, não há óbice de procedimento único⁸⁸⁹. Parece evidente a falta de instrumentalidade da LRE, por ausência de exceções à regra geral de competência.

A própria ideia de grupo econômico de empresas subordina-se à existência de unidade de direção às componentes grupais, ainda que não haja participação acionária⁸⁹⁰ ou controle de uma sociedade sobre as demais, como é o caso dos grupos de coordenação ou dos consórcios⁸⁹¹; mas pode, em algumas situações, implicar em elevado grau de

⁸⁸⁷ Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores), **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, p.761.

⁸⁸⁸ Cf. AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p.18.

⁸⁸⁹ Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p. 231; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.18.

⁸⁹⁰ Como aponta Comparato, “o controle, enquanto elemento unificador do grupo econômico de subordinação, não precisa manifestar-se, necessariamente, sob a forma de participação acionária em todas as sociedades controladas. Há casos de aguda dependência externa”, que provocam a integração de uma sociedade do grupo, sem que haja participação no capital (Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p.45).

⁸⁹¹ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “Recuperação judicial de grupo de empresas”, cit., in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coordenadores), **Temas de Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**, 1ª ed., 2014, p.343.

dependência entre as sociedades, tornando o litisconsórcio um instrumento indispensável na recuperação judicial.

Felizmente, apesar de algumas decisões em sentido contrário, vem tomando corpo em nossos tribunais a tendência que aponta no sentido da irrelevância de se encontrarem os estabelecimentos das sociedades componentes em diferentes cidades ou estados, desde que desmonstrados os pressupostos de cabimento do litisconsórcio e proposto o pedido de recuperação no local do principal centro decisório do grupo econômico⁸⁹².

E não poderia ser diferente, pois do contrário estar-se-ia impossibilitando a formação do litisconsórcio na hipótese em que é absolutamente imprescindível a solução única, obstando o acesso à justiça ao negar o meio processual adequado, no caso, o processo de recuperação judicial unificado para o grupo de empresas, o que pode, conforme o caso concreto, levar a consequências substanciais que comprometam os objetivos da própria lei no tocante à preservação da empresa (art.47 da LRE).

Veja-se que até mesmo se uma das sociedades do grupo se localiza no exterior tem se admitido o requerimento conjunto da recuperação judicial, “desde que sejam inequivocamente controladas e integrantes do grupo econômico empresarial brasileiro”⁸⁹³.

Ainda que pese a importância da cooperação jurídica internacional em caso de insolvência transnacional⁸⁹⁴, pondere-se que não há no Brasil, diferentemente de outros países, normas referentes à insolvência transfronteiriça, em especial sobre parâmetros para a fixação da competência jurisdicional e atribuição de efeitos a casos com repercussões que ultrapassam as fronteiras do país.

⁸⁹² Nesse sentido: AI. 0281187-66.2011.8.26.0000, Comarca de Itatiba, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, v.u. j. 26.06.2012; AI. 2048229-98.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, v.u. j. 15.08.2016.

⁸⁹³ Nesse sentido: AI. 2084379-15.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, por maioria, j. 31.08.2015.

⁸⁹⁴ Consoante aponta a doutrina, “dentre os inúmeros benefícios decorrentes da cooperação jurídica internacional no caso de insolvência transnacional, podemos citar, a título de exemplo: a) a solução de conflitos entre vários Estados, visto que as normas jurídicas de direito falimentar de Estados diversos podem não coincidir; b) instrumento de combate às complexas fraudes internacionais e suas sequelas; c) combate à lavagem de dinheiro internacional; d) meios de localização de ativos ocultos e sua recuperação em favor de credores; e) maior segurança jurídica para o comércio e investimentos internacionais; f) administração justa e eficiente para os casos de insolvências transnacionais; g) proteção e maximização do valor dos ativos do devedor; h) maior facilidade na recuperação da empresa, protegendo os investimentos e os empregos” (SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. “A visão do Ministério Público na recuperação e na falência”, *in* ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p.502).

A ausência de normas não tem impedido a abertura, na atualidade, de processos de recuperação judicial de sociedades estrangeiras em litisconsórcio com sociedades brasileiras. Entretanto, como aponta a doutrina, “as próprias decisões proferidas nesses casos por vezes reconhecem a existência da lacuna no direito falimentar brasileiro, suprindo-a por meio da aplicação extensiva da norma de competência interna também à competência internacional”, para permitir a abertura de processos de recuperação judicial no Brasil de sociedades sediadas no exterior⁸⁹⁵.

8.2 A assembleia de credores

Reconhecendo a importância dos credores para o alcance do objetivo final de preservação da empresa, o legislador brasileiro seguiu a tendência das modernas legislações concursais, outorgando-lhes fundamentais poderes, muitos deles exercidos agora via assembleia geral de credores, rompendo com o esquema da lei anterior⁸⁹⁶.

A assembleia geral constitui hoje órgão do sistema concursal instituído pela Lei 11.101/05, assim como o administrador, o gestor judicial e o comitê de credores, que tem por função precípua deliberar sobre questões relativas aos interesses da coletividade⁸⁹⁷ dos credores na recuperação judicial e na falência e, dentre essas, principalmente a aprovação, a rejeição ou a modificação do plano de recuperação proposto pelo devedor⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ Cf. FELSBURG, Thomas e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A recuperação judicial de sociedades sediadas no exterior: as lições da experiência estrangeira e os desenvolvimentos no Brasil”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

⁸⁹⁶ Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. “Da assembleia de credores”, in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 187.

⁸⁹⁷ A existência de interesses coletivos, como explica Carnelutti, justifica não somente a formação de grupos sociais, mas também a sua organização e atuação do indivíduo como órgão do grupo; consoante as palavras do jurista, “lo svolgimento di un interesse, cioè la determinazione di una condizione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno, esige naturalmente l’opera dell’uomo; ora, quando si tratta di interessi collettive, tale opera giova necessariamente anche altri partecipanti, cioè al gruppo; in altri termini, allora, l’individuo agisce come organo del gruppo, in quanto adempie alla funzione di questo. Il concetto giuridico di organo è così un correlativo logico del concetto di interesse coletivo; non si può pensar lo svolgimento di un interesse coletivo senza l’azione di un organo (del gruppo). Organo è l’individuo in quanto agisce per lo svolgimento di un interesse coletivo” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM. 1936. V.I, pp.10-12).

⁸⁹⁸ Como enfatiza Alberto Camiña Moreira, não se trata de atribuição concorrente, posto que nenhum outro órgão na recuperação recebeu essa incumbência, nem mesmo o juiz (“Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do Ministério Público”, in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.), **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p.253).

Em outros países, a formação da vontade coletiva não se dá da mesma maneira do modelo brasileiro, com a instalação extrajudicial da assembleia de credores para essa finalidade, como na França⁸⁹⁹, Itália⁹⁰⁰ e Estados Unidos⁹⁰¹, que possibilitam a realização de votação individual, até mesmo por correspondência, ou em Portugal⁹⁰², onde, embora sejam os credores reunidos, a assembleia ocorre em ambiente judicial, sob a presidência do juiz.

No sistema brasileiro, a decisão da assembleia pode completar a formação do consenso entre as partes envolvidas, impondo a vontade da maioria dos credores no sentido da superação da crise da empresa ou decretando a falência do devedor. O intuito do legislador, como aponta a doutrina, foi o de assegurar a participação ativa dos credores nos processos de recuperação judicial e de falência⁹⁰³, eis que a assembleia geral congrega a comunhão de interesses, cuja coligação não derivada de ato voluntário, mas de disposição legal⁹⁰⁴, com deliberações que se fundam sobre o princípio majoritário e que vinculam os credores submetidos à recuperação judicial, ainda que impedidos de votar, ausentes ou dissidentes.

⁸⁹⁹ O Direito Francês prevê apenas a realização de uma reunião organizada dos credores convocada pelo mandatário, com o fim de deliberações relativas a questões importantes, dentre elas, colher as suas respectivas manifestações sobre o plano apresentado (arts. L 626-7 e L 626-8 do *Code de Commerce*). Se a comunicação se der de forma individual, o mandatário recepcionará as manifestações de cada credor habilitado e a ausência de resposta equivale à aceitação. Na realidade, como esclarece a doutrina, “en pratique, les consultations sont rarement collectives et les créanciers ne répondent pas toujours aux consultations individuelles qui leur sont adressées” (SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 9ª ed., 2014, p.588).

⁹⁰⁰ Na Itália, o exercício do direito de voto pode ser feito por correspondência, eis que, como esclarece a doutrina, “l’art. 178, comma 4, precisa a riguardo che i voti ricevuti per telegramma, lettera, telefax, o posta elettronica” (p.3). Consoante novidade trazida pelo *Decreto Sviluppo*, assim como já era para o *concordato fallimentare*, também para a modalidade preventiva o silêncio é recebido como sinal de concordância do credor à proposta ofertada. (AMBROSINI, Stefano. **“La deliberazione del concordato in Crisi d’impresa e Fallimento”**. Data de publicação: 31.05.2014. Disponível em <http://www.ilcaso.it/articoli/cri.phd?id_cont=428.php>. Último acesso em: 25.09.2017).

⁹⁰¹ Nos Estados Unidos, as votações não se realizam na assembleia de credores, mas de forma individual; como aponta a doutrina, “together with the plan and disclosure statement that is transmitted to them, parties entitled to vote on the plan are provided with a ballot to mark their vote” (WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p. 771).

⁹⁰² Em Portugal, embora seja realizada assembleia de credores, ela é presidida pelo próprio juiz do processo de insolvência, que decide as questões que surgirem, inclusive eventual necessidade de adiamento, consoante prevê o artigo 74º do CIRE (cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de Direito da Insolvência**, cit., 6ª ed., 2014, p. 72).

⁹⁰³ Cf. ANDRADE, Ronaldo Alves. “Comentários aos artigos 35 a 46- Da assembleia geral de credores”, in Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (coordenadores), **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**”, 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p.176.

⁹⁰⁴ Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p. 231; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.183 e 257.

8.2.1 A necessidade da instalação da assembleia de credores

Voltando a atenção para a função deliberativa sobre o plano de recuperação judicial, é preciso destacar que a assembleia de credores somente será convocada se houver objeção de algum credor à proposta apresentada (art.56 da LRE); do contrário, segue o processo sem a instalação e deliberação da assembleia, presumindo-se que os credores tenham aceitado tacitamente os termos propostos, devendo o juiz, nesse caso, via de regra, conceder a recuperação judicial ao devedor (art.57 da LRE).

Pela objeção, o credor manifesta sua discordância ao plano com razões de fato e de direito e, embora parte da doutrina sustente que somente o credor admitido no processo de recuperação judicial tem legitimidade para ofertá-la⁹⁰⁵, não entendemos deva ser interpretada restritivamente a disposição contida no artigo 55 da LRE, que permite que qualquer credor possa oferecer objeção ao plano. Como abordaremos oportunamente⁹⁰⁶, a interpretação ampliativa do mencionado dispositivo, no sentido de admitir a objeção de qualquer credor, ainda que extraconcursal⁹⁰⁷, ou mesmo terceiro não credor⁹⁰⁸, parece ser a mais condizente com a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como também com a forma preventiva de solucionar conflitos, além de proporcionar economia de tempo e de recursos.

Embora geralmente a objeção verse sobre matérias a serem apreciadas pela assembleia geral de credores, porque utilizada como meio para externar a rejeição inicial à proposta do devedor, se aceita a tese de que a objeção pode veicular o inconformismo de terceiros em relação ao plano, credores não sujeitos à recuperação e até mesmo não credores,

⁹⁰⁵ Cf. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas. 2011, p.198; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.250.

⁹⁰⁶ Ver item 6.4.3.

⁹⁰⁷ Nesse sentido: SIMÃO FILHO, Adalberto. “Interesses transindividuais dos credores nas assembleias gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial”, in Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, coordenadores, **Direito recuperacional**. Aspectos Teóricos e Práticos. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2009, p.49.

⁹⁰⁸ Imagine-se a hipótese de plano que cotemple a venda de bem móvel que não mais pertença ao devedor ou cuja propriedade constitui objeto de litígio em outro processo, fato não comunicado ao juízo e aos credores; nessas situações, permitir a veiculação do inconformismo do terceiro prejudicado por meio de objeção ao plano, corresponde a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, embora se possa valer de processo específico para o mesmo fim, mas não com a mesma economia de tempo e recursos.

cabará ao Judiciário decidir sobre a pretensão posta em juízo e não aos credores reunidos em assembleia, que, portanto, não deverá ser convocada para essa finalidade específica.

Isso porque a objeção, nesses casos, não versará sobre a aceitação do plano pelos credores submetidos à recuperação judicial, matéria afeta à apreciação da assembleia, mas sobre questões que dizem respeito à esfera jurídica de pessoas não submetidas diretamente aos efeitos diretos da recuperação judicial, que, todavia, serão atingidas indiretamente pelas medidas preconizadas no plano proposto. É o caso, por exemplo, de conter o plano previsão de venda de ativos que já se acham constrictos em execuções individuais de credores que não se submetem à recuperação, ou, ainda que não haja constrições, não remanesçam bens ou atividade produtora de recursos suficientes da devedora à satisfação desses créditos, consoante abordaremos oportunamente.⁹⁰⁹

Também em outra hipótese se afigura correta a dispensa da assembleia, quando, mesmo que apresentada a objeção por credor sujeito e admitido à recuperação, verse unicamente a respeito do litisconsórcio ativo como solução formal, sem implicar a reunião de ativos e passivos. Nessa situação, como já sustentamos⁹¹⁰, cabe exclusivamente ao juiz deliberar sobre o prosseguimento do processo com várias empresas no polo ativo. Caso se trate, porém, de litisconsórcio que implique a chamada consolidação substancial, apesar de haver questões a serem apreciadas pelo juiz, deve haver deliberação pela assembleia de credores⁹¹¹.

A regra, porém, é a de que a assembleia é indispensável quando haja objeção apresentada por credor submetido à recuperação judicial, para que estes deliberem sobre a aprovação do plano de recuperação.

Não obstante, já se validou a dispensa da assembleia com a colheita de votos por petição, embora se tenha reconhecido que a “Assembleia contribuiria para a publicidade e transparência dos atos procedimentais”, o que também teria sido alcançado, no caso, com a fiscalização judicial⁹¹².

⁹⁰⁹ Ver item 8.4.3.

⁹¹⁰ Ver item 8.1.1.

⁹¹¹ Ver item 8.1.2.

⁹¹² Nesse sentido: AI. 2231963-86.2015.8.26.0000, Comarca de Lençóis Paulista, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, por maioria, j. 11.05.2016.

A flexibilização do procedimento que decorreu do gerenciamento pelo Judiciário, na hipótese mencionada, havia mesmo de ser validada pela fungibilidade de meios⁹¹³ e pela função finalística do processo, atingida no caso concreto, porque permitiu chegar ao objetivo perseguido pela lei, chancelando a aprovação do plano proposto.

Contudo, é importante destacar outra função atribuída à assembleia de credores, não ressaltada pelo referido aresto, que se refere à oportunidade de discussão e negociação, inclusive para alteração dos termos do plano pelos credores. Como aponta Modesto Carvalhosa, diferentemente do “voto por consulta, que isolaria os credores, a deliberação em assembleia geral os reúne para formar a vontade coletiva”⁹¹⁴. Pode-se concluir que não teria a sede judicial do ato o mesmo ambiente propício à negociação do que a assembleia, que não poderia ser dispensada, caso a coleta judicial de votos levasse, no referido caso, a resultado contrário do verificado, com a rejeição do plano.

Por outras palavras, a formalidade da instalação da assembleia não é despida de função⁹¹⁵; a regularidade dos atos das partes e de todo o procedimento repercute em muitas situações sobre a conformidade aos objetivos da lei e à preservação de garantias constitucionais voltadas ao processo⁹¹⁶ e, nesse contexto, a realização da assembleia de

⁹¹³ Como esclarece Sidnei Amendoeira Junior, a expressão “fungibilidade de meios” inclui duas situações diferentes: “aquelas em que o sistema, por ação ou omissão, pôs à disposição das partes mais de um meio processual para atingir determinado fim e também para aqueles casos em que, apesar de inexistir diversidade de meios processuais à disposição da parte, ou seja, mesmo existindo apenas um meio processual adequado para a situação, é possível aproveitar o ato praticado pela parte convertendo-o no meio adequado”. Ressaltando a função finalística do processo, aduz o autor que não é possível superar certos obstáculos, as “questões inerentes às garantias constitucionais”; preservadas estas, no entanto, não se compreende o porquê de não poder agir o juiz de forma mais flexível, “relativizando o formalismo” (Cf. AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. **Fungibilidade de meios**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, pp.20 e 23).

⁹¹⁴ Cf. CARVALHOSA, Modesto. Comentários aos artigos 35 a 40 - “Da assembleia de credores”, in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas**: Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p.253.

⁹¹⁵ Nesse sentido, também: COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, pp.101-102. Como enfatiza o doutrinador, “se não houver precisa definição do ato que está sendo praticado, em determinado momento da sessão assemblear (esclarecimento, discussão, ou votação, conteúdo da matéria apreciada), a manifestação de vontade de um ou mais credor pode ser deturpada, com prejuízos aos interesses em jogo” (p.102).

⁹¹⁶ A forma ou formalismo em sentido amplo não engloba apenas a forma de ser do processo, como aponta Sidnei Amendoeira Jr., “delimita os poderes, faculdades, deveres e ônus dos sujeitos do processo. A forma em sentido amplo organiza as atividades processuais, a fim de permitir que seja atingida sua finalidade” (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. **Fungibilidade de meios**, cit., 2006, p.140). A regularidade dos atos das partes e de todo o procedimento afere-se a partir do modelo constitucional, fundado sobre alguns dispositivos da Constituição, em especial os incisos XXXV, LIV e LV, do art.5º, com toda a publicidade e oportunidade de participação de todos os destinatários da tutela jurisdicional (Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. “Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias”, in **Revista de Processo**. Ano 29. Janeiro – fevereiro de 2004, p.23).

credores é consentânea com os objetivos da LRE, no sentido de oferecer meio processual hábil a favorecer a preservação da empresa pela possibilidade de negociação direta entre os envolvidos.

8.2.2 Controle judicial e autonomia das partes sobre a regularidade do procedimento da assembleia de credores

A falta de flexibilidade da LRE acaba por levar a situações em que o procedimento, considerado o rigor da lei, certamente não se prestaria às finalidades às quais se destina. Todavia, a flexibilização empreendida na prática tem encontrado soluções para problemas comuns, como a prorrogação do prazo de suspensão das ações movidas em face do devedor, decorrentes da impossibilidade de cumprimento de etapas do processo de recuperação por fatores alheios à vontade da recuperanda; a ampliação de prazos previstos na lei por motivos justificados; o fracionamento da assembleia de credores e outros, resolvidos com soluções casuísticas.

No que se relaciona à tese aqui desenvolvida, especificamente em relação à possibilidade de coexistência, *in concreto*, dos poderes das partes em consenso com a preservação da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, impende destacar a flexibilização, especificamente, do procedimento da assembleia de credores, que constitui o momento fundamental em que se forma a vontade coletiva, com deliberações muitas vezes não unânimes e das quais resultam substanciais alterações aos direitos das partes.

Os atos desenvolvidos na assembleia de credores, apesar de se realizarem fora da sede do juízo e sem a presença do juiz, são atos processuais que compõem parte do procedimento da recuperação judicial ou da falência, que, em algumas situações, necessitam ser adaptados às contingências do momento, para que possa ser alcançada a finalidade básica da formação do consenso.

Não obstante os poderes do juiz em apontar a desconformidade com o modelo típico do processo⁹¹⁷, tal qual descrito na lei, a flexibilidade do procedimento no processo

⁹¹⁷ As normas processuais, consoante a doutrina, voltam-se sempre para “o interesse público existente na solução mais rápida, justa e eficiente do litígio à luz da cláusula constitucional do devido processo legal, ainda que indireta, mediata e derivadamente prestigiem o interesse particular do litigante”. O que se relacionar ao controle de regularidade dos atos das partes, nesse sentido, “pode (e deve) ser conhecido de

civil constitui tendência moderna que se apoia no princípio da adaptabilidade. No geral, a flexibilização decorre de negócios jurídicos processuais ou do gerenciamento judicial, que aplicam “a técnica processual de modo a atender os objetivos do processo”, flexibilizando-a para desconsiderar “formas inúteis e incompatíveis com a natureza instrumental desse método de trabalho”⁹¹⁸.

Se os protagonistas das tendências relacionadas aos negócios processuais e ao gerenciamento judicial⁹¹⁹ são diferentes sujeitos do processo, partes de um lado, juiz de outro, não é menos verdade que os objetivos de ambas encerram algo de comum: o ajustamento do processo às peculiaridades da causa, sem perder de vista os princípios gerais do serviço público estatal⁹²⁰ e os ideais publicísticos, que certamente não colidem com o modelo cooperativo de processo⁹²¹.

É preciso compreender, contudo, os limites da autonomia privada⁹²² e da flexibilização derivada do gerenciamento judicial, que não podem contrariar normas

ofício” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**, cit., 1ª ed., 2011, p.69). Como aponta o autor, “esse poder se estende também para que se revogue ou modifique decisão equivocada a esse respeito, mesmo que sem iniciativa da parte em dela recorrer” (p.237).

⁹¹⁸ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., 6ª ed., 2011, p. 65. Ressalta o autor que o “princípio da legalidade das formas e a necessidade de observância às regras do procedimento são garantias do resultado do processo. Se este for alcançado, deixa de ter relevância o não atendimento à forma” (p.133).

⁹¹⁹ O gerenciamento judicial, como técnica que outorga maiores poderes ao juiz para a condução do processo, não deve representar ofensa aos direitos individuais das partes. É preciso por em evidência que o processo, como instrumento de Direito Público, gera direitos, faculdades, ônus e poderes que não podem ser suprimidos às partes, a menos que estas consentam individualmente quanto ao não-exercício dessas posições jurídicas. Por outro lado, todavia, é preciso ter em conta que a própria “existência de um maior número de sujeitos interessados no processo demanda a necessidade de adaptação e revisitação do conceito de contraditório para o processo de recuperação judicial” (VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**, cit., p.57).

⁹²⁰ A jurisdição, assim como as demais funções estatais no contexto geral do Direito Público, deve estar sujeita aos princípios gerais do serviço público, atinentes à continuidade, igualdade e eficiência, e, mesmo diante da necessidade de maior abertura à consensualidade, não deve perder de vista a efetividade e economicidade, no sentido de melhor gerir os recursos estatais em favor da sociedade (Cf. ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da contratualização do processo”, cit., *in* **Revista de Processo** 193, 2011, pp. 173-174).

⁹²¹ O favorecimento de um modelo cooperativo de processo, apoiado sobre a ideia de diálogo entre o juiz e as partes, constitui objetivo do atual processo civil brasileiro, que, tomando por modelo outros sistemas, também acolheu a ideia de cooperação, explicitando em alguns artigos do novo CPC disposições a respeito (Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, cit., *in* CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores), **Negócios Processuais**, 1ª ed, 2015, p.346). Não obstante, conforme aponta a doutrina, não parecem ser claras o suficiente as novas disposições do código para colocar em evidência “a exata dimensão do chamado ‘modelo cooperativo’ de processo” e fazer mudar “radical e ideologicamente” as relações que se estabelecem no processo (Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**, cit., 1ª ed., p.82).

⁹²² Vista a questão da limitação da autonomia privada no campo do processo sobre uma perspectiva histórica, constata-se o seu condicionamento por dois fatores: o primeiro relativo à formação do

cogentes⁹²³ e princípios do processo civil, comprometendo garantias que resultaram da evolução do Direito ao longo da história, e que também se aplicam ao processo de recuperação judicial e, em especial, à assembleia de credores. Tais limites intransponíveis à flexibilização do procedimento da assembleia constituem garantia de validade e eficácia das decisões tomadas, evitando-se vícios que podem se referir aos votos individuais, às deliberações ou à própria assembleia⁹²⁴.

Nesse contexto, impende destacar, logo de início, a relevância da publicação da notícia da apresentação do plano de recuperação e a sua colocação à disposição dos credores na forma da lei, sob pena de comprometer qualquer oportunidade de exercício do contraditório por parte dos credores, assim como a publicidade que deve ser feita a respeito da convocação para a realização da assembleia como condição de sua validade, eis que não deve ser realizada sem a divulgação das informações necessárias⁹²⁵.

Mas não é só, a regra é a de que não haja alterações da proposta por parte do devedor sem a necessária antecedência e nova publicidade, em favor da transparência e da boa-fé⁹²⁶, não apenas para possibilitar aos credores o conhecimento integral das

estado moderno, entre os séculos XVII e XVIII, que pressupôs a anterior apropriação da função de promover justiça e concentrar a função de legislar em matéria processual; e o segundo, referente à revolução de ideias que eclodiram na segunda metade do século XIX, iniciada na Alemanha, que, abandonando uma noção privatística, alocou o processo como disciplina do Direito Público (Cf. CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo cível: gli accordi processuali”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano LXII – Suplemento n.3. Milão: Giuffrè. Setembro 2008, pp.101-102).

⁹²³ Algumas disposições processuais são cogentes, porque a conformação do processo prende-se ao interesse público. Como pondera a doutrina, “as normas processuais – não se discute – possuem caráter marcadamente técnico, mas não se trata de técnica vazia, concebida a esmo, sem qualquer conexão para com a realidade, senão de meios organizados e delineados de modo a possibilitar a atuação das normas de direito material conforme a variedade e especificidade das situações conflitivas trazidas a juízo” (PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. “Tutela executiva e prescrição”, in *40 anos da Teoria Geral do processo no Brasil*, cit., 1ª ed., 2014, p.256).

⁹²⁴ Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. “Da assembleia de credores”, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05* – artigo por artigo. 2ª ed., 2007, p. 190.

⁹²⁵ No dizer da doutrina: “a publicação oficial reveste-se de fé pública, acarretando a presunção absoluta de que todos os credores têm conhecimento da realização da assembleia, bem como das matérias a serem deliberadas. Tem a publicidade oficial caráter declaratório e constitutivo de direitos, sendo o título necessário para determinar o termo inicial de aquisição ou modificação de direitos, ou de início do prazo decadencial ou prescricional” (CARVALHOSA, Modesto. Comentários aos artigos 35 a 40 - “Da assembleia de credores”, cit., in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05*, de 09 de fevereiro de 2005, 2009, p.260).

⁹²⁶ Nesse sentido: AI. 2201863-85.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u., j. 03.08.2015; AI. 0296240-87.2011.8.26.0000, Comarca de Araçatuba, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u., j. 18.12.2012; AI. 0110681-86.2013.8.26.0000, Comarca de Adamantina, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. José Reynaldo, v.u., 18.12.2012; 03.02.2014; AI. 0121642-

modificações, mas até mesmo para a efetivação do contraditório, a fim de que possam os credores oferecer objeção ou contrapropor algo que lhes pareça aceitável⁹²⁷.

As alterações na oportunidade da assembleia ou muito próximas a ela somente são permitidas se não implicarem modificações significativas, servindo apenas, como já se decidiu, “para pequenos ajustes que não afetem a essência do plano ou causem surpresa aos credores, ajustes muitas vezes voltados inclusive a atender solicitações dos próprios credores ou quando não voltados ao esclarecimento de pontos obscuros”⁹²⁸.

Pelas disposições da LRE, é possível concluir que o legislador idealizou a assembleia de credores como um ato concentrado em uma só data, o que, efetivamente, não corresponde à prática, posto que em muitas situações a negociação acaba por se estender por vários dias, havendo a necessidade de se flexibilizar o procedimento, suspendendo-se a assembleia e designando-se nova data, até que haja condições de votação do plano de recuperação.

Não obstante o fracionamento, pode-se dizer que a assembleia é uma⁹²⁹ e, em decorrência, somente os credores presentes ao início da abertura de seus trabalhos poderão ser considerados presentes⁹³⁰, pois do contrário seria alterada a base de cálculo para a

23.2012.8.26.0000, Comarca de Nova Odessa, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ligia Araujo Bisogni, v.u., j. 06.11.2012.

⁹²⁷ Se partirem dos credores, as alterações somente são possíveis “desde que haja a expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes” (art.56, parágrafo 3º, da LRE).

⁹²⁸ Cf. AI. 2011357-84.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, por maioria, j. 27.06.2016. Como destacou o relator, “coisa diferente é imaginar alterações que sejam promovidas pelo próprio devedor, por sua exclusiva conveniência. Essas em princípio não podem ser admitidas, sob pena inclusive de infringência ao prazo do artigo 53, *caput*, da Lei n. 11.101/05, mormente quando impliquem modificações significativas na estrutura do plano e em suas disposições essenciais”.

⁹²⁹ Nesse contexto, consoante Enunciado n.53 do Plenário da I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “apesar de ser uma a assembleia, ela pode ser realizada em uma ou mais sessões, das quais participarão ou serão considerados presentes apenas os credores que firmaram a lista de presença encerrada na sessão em que instalada a assembleia geral”.

⁹³⁰ É possível que haja conflitos decorrentes da falta de regulamentação da continuação da assembleia de credores, posto que, nesse contexto, pode haver quóruns diferentes nas diversas datas nas quais se estende a assembleia de credores, o que, decisivamente, influencia no cálculo para a formação das maiorias necessárias à aprovação do plano (Cf. PAIVA, Luiz Fernando Valente. “Necessárias alterações no sistema falimentar brasileiro”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.144).

formação dos quóruns e dos resultados das votações⁹³¹. Ainda que haja a redesignação de data para a continuação da assembleia, dispensa-se, desse modo, nova convocação⁹³².

Não são muitas as disposições contidas na LRE a respeito da assembleia de credores⁹³³, não havendo nem mesmo uma disciplina sobre a invalidade de suas decisões⁹³⁴ ou, sob aspecto mais específico, a forma pela qual deve ser manifestada a vontade dos credores. Para a preservação de direitos fundamentais dos envolvidos, é imprescindível que os credores possam exercer o direito de voto de forma livre, valendo-se da forma oral, pela adoção da chamada “votação aberta”, ou mesmo da forma escrita, por cédulas, desde que cada manifestação possa ser identificada⁹³⁵, o que é relevante não somente para a apuração do resultado de cada uma das classes, mas, posteriormente, a fim de que possa ser aferido eventual abuso do direito deste ou daquele credor específico, que, como veremos oportunamente, não poderá ser subtraído da apreciação judicial.

Muitas questões que dizem respeito à forma de proceder são decididas na oportunidade da assembleia; consoante esclarece Fábio Ulhoa, tais decisões poderiam ser objeto de recurso para ser decidido por deliberação dos credores, após ser levantada questão de ordem, para que o ponto seja acolhido ou rejeitado, para modificar ou confirmar a anterior decisão procedimental fixada pela mesa ou por quem preside a assembleia⁹³⁶, que deve ser condizente com os objetivos para os quais a assembleia fora instituída⁹³⁷.

Enfatiza Erasmo Valadão, em sentido oposto, que das decisões do presidente não cabe qualquer recurso para a assembleia, pois o presidente, que via de regra é o administrador

⁹³¹ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.100.

⁹³² Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p. 231; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, pp.194 e 197.

⁹³³ Cf. arts.35 a 46 da LRE.

⁹³⁴ Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. “Da assembleia de credores”, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. 2ª ed., 2007, p. 189.

⁹³⁵ Nesse sentido: AI. 1.0015.11.004724-6/007, Comarca de Além Paraíba, TJMG, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u. j. 26.02.2013.

⁹³⁶ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.102.

⁹³⁷ Lembrando sempre que em matéria procedimental a “possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar a racionalizar o processo; e não a torná-lo menos eficiente” (YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenção das partes em matéria processual: rumo à nova era?”, in CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores), **Negócios Processuais**. 1ª edição. Salvador: Juspodium. 2015, p.64)

judicial, “não está ali exercendo poderes delegados pelos credores, mas sim representando o juiz”⁹³⁸.

Veja-se, todavia, que as partes podem celebrar negócios jurídicos processuais, consoante disciplina prevista agora no CPC (artigo 190), desde que não contrariem normas cogentes, e nada mais apropriado que a assembleia de credores para que ocorram tais deliberações também sobre questões processuais. Em regra, as convenções sobre o processo têm eficácia imediata⁹³⁹, o que não implica concluir que não possa haver, posteriormente, controle judicial sobre o quanto deliberado pelos credores⁹⁴⁰.

Conforme a tese que se sustenta, a limitação do poder decisório do juiz na recuperação não deve representar, *in concreto*, ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, até mesmo, em última análise, para a sobrevivência e conformidade dos instrumentos processuais criados para a persecução dos objetivos fixados pela LRE.

Com efeito, questões relativas à publicidade da convocação da assembleia, a correta distribuição do direito de voto, o quórum a ser considerado, a contagem específica de voto de credor presente na instalação, mas ausente no momento da deliberação, a exclusão do quórum de credor presente, mas que se absteve de votar, e outras tantas que podem se apresentar no momento da homologação das decisões da assembleia de credores, não podem ser afastadas do controle jurisdicional, sob pena da violação da garantia constitucional. Imprescindível, dessa maneira, a apuração da regularidade da formação do consenso⁹⁴¹, tanto

⁹³⁸ Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. “Da assembleia de credores”, cit., *in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. 2ª ed., 2007, p. 204.

⁹³⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Convenções das partes sobre matéria processual”, *in* **Temas de Direito Processual Civil**. 3ª série. São Paulo: Saraiva. 1984. Consoante o autor, até mesmo as convenções celebradas em sede extrajudicial seguem o mesmo regime daquelas celebradas em juízo, não havendo motivos para que se lhe apliquem regime diverso (p.98).

⁹⁴⁰ Conforme enfatiza Flávio Luiz Yarshell, nada impede que a assembleia geral de credores delibere, por maioria de seus membros, sobre matéria processual. Esclarece o autor que a lei especial “outorga poderes à assembleia geral para deliberar não apenas sobre o plano de recuperação, mas sobre ‘qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores’ (art.35, I, f), o que parece ser suficiente para abarcar as normas que regem o processo de recuperação”. Soma o autor argumentos atinentes ao conceito de deliberação e da finalidade social do referido instrumento, para que se aceite a vontade da maioria para a alteração do processo. Não obstante, consoante pondera, “tudo isso não significa que o juiz esteja privado do controle de licitude de tais deliberações. Exceto nas hipóteses de anulabilidade do negócio (que exigirá a propositura de demanda autônoma), é poder e dever do magistrado controlar incidentalmente a presença de requisitos de existência e de validade do negócio, recusando-lhe eficácia, se for esse o caso, em decisão fundamentada e sujeita a impugnação” (“Convenção das partes em matéria processual”, *in* **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. V.1. Julho-Setembro de 2016).

⁹⁴¹ Como enfatiza a doutrina, “o juiz deverá controlar a regularidade do procedimento de deliberação assemblear, verificando a regularidade do exercício do direito de voto pelos credores” (AYOUB,

para determinar o refazimento da assembleia⁹⁴², quanto para rejeitar o plano de recuperação ou homologar a sua aprovação, porque os meios utilizados podem influenciar o resultado final do processo.

Não se trata de defender o controle de mérito sobre as decisões da assembleia⁹⁴³; o controle judicial que sopesa o equilíbrio entre a rigidez e a flexibilidade do procedimento da assembleia, deve atentar para: a disponibilidade do direito posto em questão; a proteção de garantias processuais fundamentais, como o tratamento isonômico das partes, a publicidade, oportunidade ao contraditório e a razoável duração do processo; a segurança jurídica, com a previsibilidade do seu iter, e demais questões que dizem respeito ao processo e à economia de recursos estatais e privados, do devedor e dos credores, para respeitar o que é cogente em termos de regras processuais.

8.2.3 O acordo de credores sobre o exercício do direito de voto

Em tese, seria contrário ao Direito o acordo de credores que tivesse por objeto o exercício do direito de voto na assembleia de credores?

Em termos gerais, o direito de liberdade é protegido *prima facie*, eis que positivado na norma fundamental, podendo ser restringido ou ampliado, mas não suprimido⁹⁴⁴. Veja-se que não há vedação aos acordos de voto na Lei n.11.101/05, podendo lhes servir de fundamento legal não somente as regras do Código Civil (art.425), como também as disposições contidas no artigo 190 do CPC, que autorizam às partes a realização de negócios em matéria processual e que, nesse ponto, não contrariam o sistema instituído pela Lei n.11.101/05.

A convenção ou acordo processual, consoante o conceito de Antonio do Passo Cabral, “é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação,

Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.260).

⁹⁴² Pondera Geraldo Fonseca Barros Neto que “o juiz não fica vinculado ao resultado de assembleia viciada” (**Aspectos processuais da recuperação judicial**, cit., 2012, p.144).

⁹⁴³ Nesse sentido: FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. “Da assembleia de credores”, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. 2ª ed., 2007, p. 194.

⁹⁴⁴ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso do direito e a constitucionalização do Direito Privado**, cit., 1ª ed., 2010, p.115.

modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”. O que caracteriza o negócio como processual é o fato de produzir qualquer efeito, acessório ou principal, no processo, ainda que “também repercuta no direito material”⁹⁴⁵.

Dessa forma, ainda que não tipificado na legislação, há, em tese, a possibilidade da celebração de acordo de credores para influenciar os resultados do processo de recuperação judicial, o que efetivamente o caracteriza como negócio jurídico processual⁹⁴⁶, pois, apesar de versar sobre aspectos substanciais das questões submetidas às decisões dos credores, produzem efetivamente consequências processuais.

Como tem enfatizado a doutrina, tal acordo “é um contrato atípico celebrado entre os credores de um devedor comum em um processo de falência ou recuperação de empresas visando à regulamentação dos interesses comuns no processo e ao exercício de seus direitos e obrigações, inclusive quanto ao direito de voto e de veto em deliberações na assembleia geral de credores”⁹⁴⁷.

A concepção publicística do processo, aponta a doutrina processualista, “relegou a segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo ou, simplesmente, a considerá-la sempre dependente da aprovação ou homologação do juiz”⁹⁴⁸.

Não obstante, apesar da disponibilidade dos direitos dos credores, pode haver a imposição de limites, que, *in concreto*, podem ser necessários para manter as disposições do acordo de credores dentro do campo da licitude. Sempre que as pessoas, no âmbito de suas liberdades e mesmo sem limitações legislativas expressas, contrariem a realização de “princípios incidentes num grau não tolerado pelo sistema normativo globalmente

⁹⁴⁵ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**: entre o privatismo e o publicismo. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2015, pp.54-57.

⁹⁴⁶ No tocante à realização de negócios processuais, o que pode parecer um paradoxo, o confronto das ideias de contrato (acordo) e processo (meio litigioso de solução de controvérsias) encerram uma oposição não mais que aparente, posto que as convenções relativas à matéria processual, enquanto técnica, constituem uma das respostas possíveis à crise da justiça, caso respeitados os valores fundamentais que norteiam o processo civil, compondo a tendência contemporânea de contratualização das relações sociais (Cf. CADIET, Loïc. “Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges”, *in Revista de Processo* **160**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jun./ 2008, pp. 62-64).

⁹⁴⁷ Cf. GONTÍJO, Vinícios J.M. “Falências e Recuperação de empresas: acordo de credores na assembleia geral”, *in Revista de Direito Mercantil* **159/160**. 2011, p.167.

⁹⁴⁸ Cf. GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”, cit., *in Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1ª ed., 2007, pp.7-28.

considerado, grau esse apurado pela ponderação de todos princípios incidentes, haverá abuso do direito e os atos jurídicos editados e os fatos jurídicos praticados serão inválidos”⁹⁴⁹.

Imaginemos a hipótese em que os credores se obrigassem a manter o voto de recusa a qualquer proposta celebrada em negociação na assembleia de credores, objetivando a falência do devedor por interesses que não se restringissem à melhor solução econômica e que ocultassem intuitos não protegidos pelo sistema jurídico. Nessa hipótese, devem ser considerados os objetivos ilícitos do acordo entabulado e a aferição desses motivos não pode ser subtraída à apreciação judicial, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O que é cogente⁹⁵⁰ no Direito deve ser analisado com base na identificação do que se refere ao interesse individual e o que se relaciona ao interesse geral, para se chegar aos limites da liberdade contratual e a compreensão, sob perspectiva mais ampla, da dicotomia e da tensão entre dois polos contrapostos: o Direito Público e o Direito Privado. Contudo, não há como negar a autonomia privada em termos processuais, se ela não contraria a eficiência da justiça civil estatal⁹⁵¹ ou, em termos substanciais, se estiver circunscrita ao exercício regular dos direitos.

8.2.4 Restrição às tutelas de urgência para a suspensão da assembleia de credores e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

A assembleia de credores deverá ser realizada em prazo que não deve exceder o período de 150 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial, consoante dispõe a Lei n.11.101/05 (§ 1º do artigo 56).

⁹⁴⁹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso do direito e a constitucionalização do Direito Privado**, cit., 1ª ed., 2010, p. 109.

⁹⁵⁰ Consoante indaga Yarshell: “no plano legislativo, o que realmente se pode considerar como cogente no âmbito do processo civil? Como ocorre em outros ramos do Direito, nem sempre o ordenamento é suficientemente claro e objetivo ao estabelecer que determinada norma seja imperativa”. Refere o autor, diante das dificuldades de definições nessa matéria, um critério a se considerar é a adequação da regra processual aos escopos da jurisdição (Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenção das partes em matéria processual: rumo à nova era?”, cit., in CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores), **Negócios Processuais**, cit., 1ª ed., 2015, p.72).

⁹⁵¹ Cf. CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”, cit., in **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano LXII – Suplemento n.3, 2008, pp.102, 104 e 108.

Nos termos da lei, “não será deferido provimento liminar, de caráter cautelar ou antecipatório dos efeitos da tutela, para a suspensão ou adiamento da assembleia-geral de credores em razão de pendência de discussão acerca da existência, da quantificação ou da classificação de créditos” (art.40).

Note-se que a assembleia se realiza com base no quadro de credores então existente, tanto para a formação das classes, como para estabelecer os quóruns de votação. Contudo, como observa a doutrina, na recuperação, três quadros de credores se sucedem: a relação apresentada pela recuperanda, no início do processo; o quadro elaborado pelo Administrador Judicial, e, por último, o quadro judicial⁹⁵².

Então, qual o alcance do dispositivo contido no artigo 40 da Lei n.11.101/05? Haveria, aí, frontal ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, se não julgada alguma habilitação de crédito? Não poderia o credor participar da assembleia nessa situação? Se participar, por qual valor e categoria? Pela importância que pleiteara, por aquela relacionada pelo devedor ou, ainda, por aquela informada pelo administrador?

Divide-se a doutrina sobre a constitucionalidade do dispositivo contido no artigo 40 da LRE, entendendo alguns doutrinadores que haveria ofensa ao princípio que garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art. 5º, XXXV da CF)⁹⁵³, enquanto outros vêm no provimento liminar de caráter antecipatório

⁹⁵² Como ressalta Oreste Nestor de Souza Laspro, é possível a existência de três quadros de credores na recuperação judicial. Na inicial do pedido de recuperação judicial, o devedor fornece relação de credores, com especificações relativas à sua natureza, classificação, valor atualizado, origens, vencimentos e registros contábeis das transações pendentes (art.51, inciso III, da Lei n.11.101/05); depois das impugnações à referida relação e habilitações de crédito, o administrador judicial elabora novo quadro geral de credores (artigo 7º, §2º), que pode ser impugnado pelo Ministério Público, Comitê de Credores, qualquer credor, a recuperanda ou seus sócios e, após o julgamento dos respectivos incidentes, dará ensejo a novo quadro geral de credores (artigo 18 da Lei n.11.101/05), que pode ser definitivo, se não houver incidentes de credores retardatários ou se os incidentes destes for julgado antes do referido quadro. (“Da restrição à concessão de tutelas de urgência na Lei de Recuperações Judiciais”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, pp.571-572).

⁹⁵³ Nesse sentido: CARVALHOSA, Modesto. Comentários aos artigos 35 a 40 - “Da assembleia de credores”, cit., in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05**, de 09 de fevereiro de 2005, 2009, p.284; BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**, cit., 10ª ed., 2014, p.137; SADDI, Jairo. “Considerações sobre o Comitê de credores e a assembleia de credores na nova lei falimentar”, in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.), **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2005, pp.192-193 e 216. Embora não se refira à inconstitucionalidade do art.40 da LRE, Ronaldo Alves de Andrade afirma que o mencionado dispositivo pode levar à insegurança e a prejuízo financeiro, não sendo compatível com o sistema processual da tutela de urgência (“Comentários aos artigos 35 a 46- Da assembleia geral de credores”, cit., in Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (coordenadores), **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**”, 1ª ed., p.192).

da tutela ao credor, a ser concedido no próprio incidente proposto sobre o crédito, a válvula de escape que permite o acesso à Justiça, para o exercício do direito de manifestação da vontade do credor pelo respectivo voto⁹⁵⁴.

Não somente para os credores, mas também para a recuperanda é importante que seja realizada a assembleia de credores no mencionado prazo de 150 dias, posto que os processos em que figuram como ré a recuperanda, que estão suspensos nos termos da lei, tornam ao seu andamento após o decurso de 180 dias, contados do despacho que determinou o processamento da recuperação (art.6º, § 4º, da Lei n.11.101/05).⁹⁵⁵

Assim, a preocupação do legislador ao determinar o conteúdo do mencionado dispositivo, ditando prazo máximo para a realização da assembleia de credores⁹⁵⁶, certamente está relacionada às consequências negativas da demora no procedimento, especialmente de fase tão importante no contexto do processo que pretende a solução da crise da empresa, para aumentar as chances de reerguimento do devedor e diminuir o sacrifício dos credores, de forma coerente com a garantia da razoável duração do processo e com a efetividade do processo de recuperação judicial.

As disposições relativas à impossibilidade de adiamento da assembleia, apesar do que à primeira vista possam aparentar, não levam necessariamente à violação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, mesmo que ainda não julgados definitivamente todos os créditos. Veja-se que a impossibilidade de concessão de tutelas de urgência se dirige ao adiamento da assembleia em vista da pendência de discussão sobre a existência,

⁹⁵⁴ Nesse sentido: FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. “Da assembleia de credores”, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. 2ª ed., 2007, p. 212; COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.116; LOBO, Jorge. “Da assembleia geral de credores”. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p.159; SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.231; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.268.

⁹⁵⁵ Nesse sentido: AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.265. Lembrem os autores, contudo, que “é bastante comum que as assembleias gerais de credores ocorram fora do prazo de 150 dias apontado no artigo 56, §1º, da LRF, sem que disso decorram maiores consequências” (p.266).

⁹⁵⁶ Embora não haja sanção expressa para a hipótese de ser ultrapassado o prazo previsto no § 1º do artigo 56, da Lei 11.101/05, a inobservância desse termo, como ainda a prorrogação do prazo de suspensão do curso dos processos em que figura a recuperanda como ré (art. 6º da Lei n.11.101/05), trazem evidentes prejuízos aos credores e também à sociedade como um todo, pelo adiamento da solução para a empresa em crise e até pelo gerenciamento do Judiciário.

quantificação ou classificação dos créditos⁹⁵⁷ e não induz a pensar que não possa haver tutelas de urgência⁹⁵⁸ para favorecer a participação do credor da assembleia já designada, apesar de não julgado o seu crédito, se presentes os pressupostos de sua concessão no caso concreto, pela probabilidade do direito, pelo perigo de dano ou pelo risco ao resultado útil do processo (CPC, art.300).

Nesse sentido, tem a jurisprudência de nossos tribunais entendido que, mediante cognição sumária⁹⁵⁹ desenvolvida no incidente de habilitação ou impugnação de crédito, pode ser verificada a existência, quantidade e natureza do crédito pleiteado, antecipando-se a tutela para efeito de participar o credor da assembleia⁹⁶⁰ e que esta pode se realizar antes da consolidação definitiva do quadro geral de credores⁹⁶¹. Assim, seguindo a tendência de outros sistemas⁹⁶², apesar de alguma divergência⁹⁶³, predomina o entendimento de que a

⁹⁵⁷ Nesse sentido: LASPRO, Oreste Nestor de Souza. “Da restrição à concessão de tutelas de urgência na Lei de Recuperações Judiciais”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, p.573). Pondera o autor, que, “de fato, o objetivo da tutela de urgência pode ser sintetizado na preservação do direito do requerente em razão do risco de ineficácia do provimento final” e, completando, aduz que “em caráter provisório (na medida em que a decisão deve ser reversível) protege-se o requerente, limitando a esfera de direitos do requerido, com base em cognição sumária e até mesmo superficial” (p.581).

⁹⁵⁸ Lembremos, também, do princípio da fungibilidade, que permite ao juiz conceder tutela de urgência diversa daquela que foi requerida e que mais se amolde à necessidade concreta. É o caso, por exemplo, do pedido de adiamento da assembleia, podendo o juiz, ao invés da providência pleiteada, analisar a condição específica do credor, para determinar ou não a sua participação e por qual valor e categoria que se lhe podem ser atribuídos.

⁹⁵⁹ Como ressalta a doutrina, “evidente que o tempo é um dos fatores que influi na efetividade do processo e por vezes é necessário recorrer à cognição sumária – que demanda menor intervalo de tempo ao prescindir do contraditório pleno – para alcançar a efetividade” (Cf. CINTRA, Lia Carolina Batista. “Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil”, in **Garantismo Processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016, p.49).

⁹⁶⁰ Nesse sentido: AI. 2008643-54.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, v.u. j. 28.11.2016; AI. 0059135-26.2012.8.26.0000, Comarca de Nova Odessa, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. José Reynaldo, v.u. j. 04.12.2012; AI.0018052-78.2016.8.217000, Comarca de Santa Rosa, TJRS, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Ney Wiedman Neto, v.u. j. 28.04.2016.

⁹⁶¹ Nesse sentido: AI. 00135378-74.2013.8.26.0000, Comarca de Atibaia, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, v.u. j. 14.04.2014.

⁹⁶² Como o do Direito italiano, no qual determina a lei (art.176, comma 1, da *Legge Fallimentare*) que cabe ao juiz delegado, mediante cognição sumária realizada sob o contraditório, analisar e emitir provimento não definitivo sobre a situação dos créditos contestados, no que diz respeito à existência, montante e a sua natureza, com critérios de “ragionevolezza e di adeguata probabilità”. (AMBROSINI, Stefano. “**La deliberazione del concordato in Crisi d’impresa e Fallimento**”, cit., pp. 9-11).

⁹⁶³ Já se decidiu que deve ser condicionada a realização da assembleia ao julgamento de impugnações de crédito apresentadas. Nesse sentido: AI. 1.0567127.009602-7/008, Comarca de Sabará, TJMG, 5ª Câmara Cível, rel. Des.Carlos Levenhagen, v.u. j. 18.06.2015.

pendência de discussão sobre o crédito não é óbice à realização do conclave e nem da homologação da decisão que concede a recuperação judicial⁹⁶⁴.

Não nos parece acertada, nesse contexto, nem mesmo a opção de restringir o direito de voto do credor ao valor incontroverso, caso seja demonstrada a probabilidade do direito (CPC, art. 300), eis que o perigo de dano de ser considerado menor ou maior o quanto devido tem relação direta com o poder de voto dos credores das classes II e II, previstas no artigo 41 da LRE, que é proporcional ao seu valor, o que efetivamente pode influenciar de forma decisiva a deliberação da assembleia, não expressando a verdadeira vontade dos credores, conforme os critérios legais.

Não é necessário, desta maneira, o trânsito em julgado da decisão sobre o incidente de habilitação e impugnação do crédito⁹⁶⁵; para a antecipação, pode-se até mesmo tomar por critério o valor apurado em perícia contábil⁹⁶⁶, desde que não haja evidências da incongruência do trabalho realizado. Na pior das hipóteses, diante da complexidade das questões surgidas para a apuração da existência, quantificação ou classificação do crédito, deve-se tomar o voto do credor em separado, prosseguindo-se o processo com a realização da assembleia e homologação do seu resultado pelo juízo. As consequências da duração não razoável do processo, na recuperação judicial, multiplicam sua amplitude diante do número de pessoas envolvidas e da possibilidade de propagação da crise da empresa, comprometendo efetivamente o seu resultado.

Essa posição, contudo, não permite concluir que não possa ocorrer o adiamento da assembleia por problemas diversos da existência, quantificação ou classificação dos créditos, como, por exemplo, a descoberta de fraudes ou a inobservância de formalidades essenciais⁹⁶⁷, que violam direitos fundamentais dos envolvidos.

⁹⁶⁴ Nesse sentido: AI. 0177674-48.2012.8.26.0000, Comarca de Regente Feijó, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, v.u. j. 04.12.2012.

⁹⁶⁵ Nesse sentido: AI.0075083-53.8.2016.8.217000, Comarca de Santa Rosa, TJRS, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Ney Wiedman Neto, v.u. j. 14.07.2016.

⁹⁶⁶ Nesse sentido: AI. 1.0702.07.381099-7/001, Comarca de Uberlândia, TJMG, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Kildare Carvalho, v.u. j. 27.01.2011. Nesse caso atribuiu-se o valor do crédito, para fins de votação, ao quanto apurado na perícia contábil, mas restringiu-se ao valor incontroverso, sem análise, nem mesmo em cognição sumária, da parte controversa do crédito pretendido.

⁹⁶⁷ Nesse sentido: SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.231; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.191; COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.115.

8.2.5 A intangibilidade da decisão da assembleia de credores determinada pelo §2º do artigo 39 da LRE e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Consoante dispõe a LRE, as “deliberações da assembleia geral não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos” (art.39, §2º, da Lei n.11.101/05); assim, as modificações nos quadros de credores após a realização da assembleia não levam à anulação ou à modificação da sua deliberação.

Certamente a preocupação do legislador voltou-se para a segurança jurídica, porque após a aprovação ou rejeição do plano, o juiz deverá conceder a recuperação judicial ou decretar a falência do devedor, decisões que influenciam a vida de diversas pessoas, além das consequências da duração razoável do processo.

Na idealização do legislador, portanto, buscou-se acelerar o processo com a fixação de prazos, colocando à disposição das partes meios para que fossem minimizadas as consequências negativas do decurso do tempo e, por outro lado, pretendeu-se também reduzir as incertezas que a pendência de incidentes poderia causar.

Contudo, insustentável a conciliação dos ideais de celeridade e segurança jurídica em alguns casos, sob pena de subtrair-se da apreciação judicial a lesão de direitos, violando-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Nesse contexto, a grande possibilidade da prática de fraudes, com credores inexistentes⁹⁶⁸, que foram reconhecidos pelo devedor com o fim de favorecer a deliberação da assembleia para determinado resultado, convalidariam, como aponta a doutrina, “qualquer fraude”⁹⁶⁹.

⁹⁶⁸ Como aponta Ronaldo Alves de Andrade, “não podemos descurar que o sistema de nulidades não acolhe a realização de ato ou negócio jurídico por quem não é titular do direito”. (“Comentários aos artigos 35 a 46- Da assembleia geral de credores”, cit., in Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (coordenadores), **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**”, 1ª ed., p.191).

⁹⁶⁹ Cf. BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**, cit., 10ª ed., 2014, p.136. Nesse sentido, também: FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. “Da assembleia de credores”, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. 2ª ed., 2007, p. 212; SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.320.

Até mesmo em situações em que não se trata de fraude, mas que, mediante cognição sumária, reconheceu-se a existência, o valor e a categoria ao crédito que não corresponderiam aos que foram a final reconhecidos, contrariando as pretensões do devedor ou dos credores, forçoso reconhecer que os efeitos dessas decisões devem repercutir sobre as deliberações da assembleia⁹⁷⁰, caso seja constatado que o voto de determinado credor seria preponderante para a decisão do grupo⁹⁷¹.

Impedir que surtam todos os efeitos da decisão judicial sobre a existência, quantificação ou classificação de créditos sobre as anteriores deliberações da assembleia, implica cercear direitos (do credor ou do devedor) sem que seus titulares tenham dado causa a essa redução, restringindo também o controle jurisdicional sobre determinado tema no caso e o efeito que traria sobre o processo de recuperação o voto derivado de crédito reconhecido, reduzido, ampliado ou reclassificado.

Não estamos aqui diante de situação igual a dos credores retardatários, que por disposição da lei (art.10, §1º, da LRE), perdem o direito de voto⁹⁷²; veja-se que naquela situação é punida a inércia do credor que não buscou a tempo a tutela de seus interesses. A disposição do § 2º, do artigo 39, da LRE implica, na prática, a vedação da possibilidade de se contar posteriormente determinado voto, excluí-lo se já computado ou ainda restringir ou aumentar o seu “peso”, conforme posterior decisão do incidente sobre o respectivo crédito, mesmo que seja preponderante para levar a situação favorável a determinado credor ou mesmo ao devedor, punindo-se o titular do direito por fator alheio a sua conduta, mormente

⁹⁷⁰ Conforme observa Mario Sergio Milani, se o crédito foi declarado inexistente, reduzido ou reclassificado, caso seja preponderante para a deliberação e tenha sido causado prejuízo, as decisões da assembleia poderão ser invalidadas à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (**Lei de recuperação judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência comentada**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011, p.187).

⁹⁷¹ Consoante pondera Jairo Saddi, “enquanto se entende a preocupação de avançar nas providências operacionais, não pode uma lei afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça da lesão a que determinados credores poderão estar sujeitos. Essa é uma provisão que não deveria estar contida na lei” (“Considerações sobre o Comitê de credores e a assembleia de credores na nova lei falimentar”, cit., in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.), **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**, 1ª ed., 2005, p.216).

⁹⁷² Outros sistemas também chegam à mesma solução, como o espanhol, no qual o credor subordinado ou “antiprivilegiado” não tem direito a voto na *junta de acreedores*. Dentre esses credores encontram-se aqueles que declararam tardiamente seus créditos (art.92 da L.C.) (Cf. PULGAR EZQUERRA, Juana. “La reforma del derecho concursal español: el nuevo concurso de acreedores”, cit., in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª ed., 2005, pp.580). A penalização do credor retardatário, como a mencionada, parece ser necessária para o desenvolvimento do processo de forma mais célere.

relacionado à morosidade do processo, ao impedir que se veicule em juízo qualquer pretensão nesse sentido.

Tal postura, como aponta Modesto Carvalhosa, violaria frontalmente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, em que pese a necessária previsibilidade “para garantir a tão almejada eficiência alocativa do capital” na recuperação judicial, porque subtrai ou reduz a possibilidade de acesso à Justiça às partes envolvidas, equivalendo a “impor-lhes uma situação contrária aos ditames de direito e às garantias constitucionais”⁹⁷³.

8.3 Controle judicial e o abuso do direito

A fragilidade ética das condutas também se mostra no campo do Direito Concursal em muitas situações, algumas relacionadas às várias formas que podem assumir o abuso do direito⁹⁷⁴, acabando por violar os objetivos substanciais da lei, os direitos das partes e até de terceiros, que são atingidos pela atividade processual ou pelos resultados do processo. De certa forma, a realidade espelha a crise que não se limita a um ou outro setor e, como já se afirmou, demonstra que é a sociedade que atravessa profunda crise ética⁹⁷⁵.

A essas situações impõe-se a reação do Direito, não como ciência que se reduz a um estreito e formal positivismo; o papel do jurista não pode se exaurir a pura e simples técnica mecânica e sem conteúdo; ao invés, sem perder de vista o dado positivo, deve tender em cada momento a encontrar no Direito os estigmas daqueles princípios éticos, sociais e

⁹⁷³ Cf. CARVALHOSA, Modesto. Comentários aos artigos 35 a 40 - “Da assembleia de credores”, cit., in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005, 2009**, pp.282-283. Como enfatiza o autor, deve-se considerar “que o caminho encontrado para a reorganização econômica da empresa é a aplicação de um plano rápido, direto e capaz de proporcionar o re-equilíbrio financeiro da empresa”, não podendo deixar de se “considerar os problemas econômicos que a insolvência provoca nas grandes empresas” (p.282), o que não leva a concluir, entretanto, que se deva “facilitar a atuação de fraudadores de créditos, com o objetivo de locupletarem-se e tumultuarem o andamento do processo de recuperação”(p.283).

⁹⁷⁴ Enquanto o abuso do poder constitui uma qualificação típica do Direito Público, empregada em relação à realização de certos atos jurídicos inválidos, conforme pondera a doutrina, o “abuso de direito é uma qualificação do direito privado, para a edição, pelos particulares, de certos atos jurídicos inválidos ou para certas condutas ilícitas dos particulares”. Note-se que para o Estado não existe atuação válida que não seja fundada em norma concreta; contudo, no Direito Privado é diferente, o particular possui liberdade e, pois, pode agir independentemente da prévia edição da norma concreta” para a realização de seus interesses, desde que respeite as regras estatais (Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso do direito e a constitucionalização do Direito Privado**, cit., 1ª ed., 2010, pp.91-93).

⁹⁷⁵ Nesse sentido: VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.9.

políticos, que são os fundamentos da convivência civil, da qual a norma jurídica não é mais do que um instrumento⁹⁷⁶.

Coibir o abuso implica, nesse contexto, entender a relatividade dos direitos e que o exercício inadmissível se traduz, nas palavras de Antunes Varela, na violação dos limites substanciais abstratamente formulados no sistema “para a generalidade dos direitos ou para certas categorias deles”⁹⁷⁷.

O abuso do direito hoje é reconhecido e condenado nos sistemas jurídicos evoluídos, apesar das diferenças que se notam em torno de sua formulação e fundamentação⁹⁷⁸. A importância do assunto, diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, requer incursão teórica sobre o tema, ainda que breve, para que se possa, em seguida, voltar a atenção para as hipóteses mais comuns de abuso do direito por parte do devedor e dos credores no processo de recuperação judicial.

8.3.1 A repressão ao abuso do direito

Descrever todo o desenvolvimento da repressão ao abuso do direito é tarefa impossível porque significaria relatar a história da evolução do direito⁹⁷⁹; mas, de maneira simplificada, é possível dizer que, assim como ocorreu com outras concepções doutrinárias, razões de ordem prática determinaram o desenvolvimento da noção de abuso do direito⁹⁸⁰.

As condições impostas pelo absolutismo trouxeram como reação o individualismo exacerbado, com a valorização do indivíduo como garantia para combater o domínio absolutista; a construção individualista que se seguiu, porém, não se sustentou após

⁹⁷⁶ Cf. NATOLI, Ugo. “Note preliminare ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano”, in **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**. 1958, p.23.

⁹⁷⁷ Cf. VARELA, Antunes. “O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro”, in **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. V.1. N.1. 1982, p.57.

⁹⁷⁸ Idem, p.38. Consoante aponta Antunes Varela, na Alemanha, o abuso do direito (*die Rechtsmissbrauch*) é fragmentariamente regulado em preceitos de ordem geral, como o dispositivo que trata genericamente do exercício dos direitos (§226), além de outras previsões de caráter especial, como, p. ex., a que trata do exercício do direito de servidão predial (§1.0120); no Direito Italiano, embora não haja disposição de caráter geral que contemple o abuso do direito, há disposições específicas, como a que trata do exercício do direito de propriedade, que não deve se realizar quando os respectivos “atos não tenham outro fim que não seja o de prejudicar ou causar dano a outrem”; no Direito português, há cláusula geral inserida nas disposições que tratam do exercício e da tutela de direitos em respeito à boa-fé, aos bons costumes e ao fim social e econômico do direito (art.334º); na Argentina, também a lei não ampara o exercício abusivo dos direitos (art. 1071 do Código Civil argentino). (pp.39-42);

⁹⁷⁹ Cf. ROTONDI, Mario. **L’abuso di diritto**. 1ª edição. Padova: CEDAM. 1979, p.35.

⁹⁸⁰ Cf. VARELA, Antunes. “O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro”, cit., in **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 1, n. 1, 1982, p. 38.

o desaparecimento dos pressupostos concretos que lhe deram origem⁹⁸¹ e, nesse contexto, floresceu a teoria do abuso do direito, entre os séculos XIX e XX, em oposição ao liberalismo individualista⁹⁸².

No entanto, a noção de abuso é muito anterior, prende-se à percepção de que os direitos não são absolutos, o que historicamente já era percebido no Direito Romano e no Direito medieval, que coíbiam a prática de atos emulativos, que não traziam benefício ao agente, como também aqueles imbuídos de *animus nocendi*.⁹⁸³

Assim, embora não tenham sido formuladas teorias sobre o abuso do direito entre os povos romano e da Idade Média, exemplos demonstram a relatividade dos direitos, como nos brocados latinos “*Male enim nostro jure uti non debemus*” (não devemos fazer mal uso do nosso direito) e “*summum jus, summa iuria*” (supremo direito, suprema injustiça) e a referência casuística do Digesto a respeito de obras realizadas com o ânimo de prejudicar vizinhos, como soluções jurídicas ressalvadas contra o individualismo⁹⁸⁴ patente nos atos *ad emulationem*⁹⁸⁵, colocando limites à fórmula romana “*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”, que isentava o titular do direito da responsabilidade decorrente dos danos emergentes do exercício do direito⁹⁸⁶.

Ainda assim, pela fraca base textual e pela escassez de casos específicos, não se pode falar da consagração genérica da oposição aos atos emulativos naquelas épocas, como também não se pode concluir sobre a existência de uma teoria sobre a *bona fides* ou sobre o

⁹⁸¹ Cf. JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso do direito**, cit., 1ª ed., 2006, p.62.

⁹⁸² Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.11.

⁹⁸³ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.13.

⁹⁸⁴ As passagens do Digesto, referidas por Pontes de Miranda e também na obra de Eduardo Ferreira Jordão, são: L.1, §12 (Ulpiano), que determinava que “o proprietário pode abrir sulcos no seu prédio, prejudicando seu vizinho, mas, se o faz para melhorar o seu e não com o ânimo de prejudicar o outro”, e na L.2, § 9 (Paulo), que determinava que, “havendo inundação, se as obras do proprietário do prédio invadido ofenderem ao do vizinho, não terá esse a ação *aquae pluviae arcenda*, salvo se feitas, não para impedir danos ao seu prédio, e sim para lesar o outro” (tradução de Francisco Pontes de Miranda, **Tratado de Direito Privado**. Tomo 53. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, p. 65; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso do direito**, cit., 1ª ed., 2006, p.57).

⁹⁸⁵ Aqueles “praticados no exercício formal de um direito, por via de regra o direito de propriedade, não com o intuito de satisfazer uma necessidade (séria) do titular, mas com o firme propósito de prejudicar uma outra pessoa” (Cf. VARELA, Antunes. “O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro”, cit., in **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 1, n. 1, 1982, p.45).

⁹⁸⁶ Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. 1ª edição. 3ª reimpressão. Lisboa: Almedina. 2007, p.672.

uso institucionalizado da *exceptio doli*, cujo emprego era facultado ao pretor apenas em um elenco de casos⁹⁸⁷.

A tese do abuso do direito veio a encontrar maior crédito tão somente no início do século XIX, no âmbito da sociedade liberal da Europa continental⁹⁸⁸; primeiramente, nos tribunais franceses e na Corte de Apelação daquele país, com aplicações inéditas a respeito do direito de não contratar, no direito de resposta, nas relações de locação de imóveis, na guarda de menores, entre outros exemplos nitidamente favoráveis à ideia de relatividade dos direitos, sempre no espírito de uma concepção social⁹⁸⁹. Nesse contexto, são expressivos exemplos da jurisprudência francesa, principalmente para a época em que ocorreram, os episódios da falsa chaminé (1855) e de Clément-Bayard (1915), em que as cortes limitaram o uso do direito de propriedade em respeito aos direitos dos vizinhos⁹⁹⁰, ou ainda outros casos anteriores⁹⁹¹, que contrariaram a noção absoluta dos direitos preconizada pela tradição liberal do Código Napoleônico, que sequer fazia referência ao abuso do direito⁹⁹².

Apesar da dificuldade da doutrina em definir dogmaticamente a figura do exercício inadmissível, por não conseguir libertar-se facilmente da conceituação do direito subjetivo aos moldes do positivismo⁹⁹³, os primeiros trabalhos sobre o abuso do direito

⁹⁸⁷ Idem, pp.673-677. Consoante aponta Menezes Cordeiro, “o abuso do direito não teve consagração geral no Direito romano, ainda que sob terminologia diversa”, ou mesmo a proibição dos atos *ad emulationem*, a *exceptio doli* ou a regulação dos direitos de vizinhança podem ser tidos como seus “antecedentes lineares” ou elementos parciais de uma teoria geral sobre o tema.

⁹⁸⁸ Cf. RESIGNO, Pietro. “L’abuso del diritto” in **Rivista di Diritto Civile**. Ano XI. 1965. 1ª parte. Padova: CEDAM, p.218.

⁹⁸⁹ Cf. JOSSERAND, Louis. **L’esprit des droits et de leur relativité – Theorie dite de l’abus des droits**. 2ª edição. Paris: Dalloz. 1939. p.317. Como enfatiza o autor, “car ces prérogatives ne sont pas sociales seulement par leur source et par leur genèse, elles le sont encore par le but auquel elles tendent, par leur finalité” (p.321). “Tout droit a une fonction dont son titulaire ne peut s’évader qu’en cometant un délit qui a nom: l’abus du droit” (p.322).

⁹⁹⁰ Limitando o uso do direito de propriedade, a Corte de Colmar condenou proprietário à reparação dos danos e à demolição de uma falsa chaminé, edificada apenas no intuito de prejudicar a ventilação e iluminação do seu vizinho. Já no caso Clément-Bayard X Coquerel, este fora condenado, além da reparação de danos, a retirar astes de madeira de dezesseis metros de altura que haviam sido fixadas em seu imóvel para impedir que Clément fizesse uso de seus dirigíveis e fosse compelido a adquirir o imóvel de seu vizinho por elevado preço (Cf. JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso do direito**, cit., 1ª ed., 2006, p.57).

⁹⁹¹ Como relata a doutrina, as primeiras decisões dos Tribunais franceses a respeito do tema que mais tarde se chamaria de “abuso do direito”, ocorreram ainda na vigência do Código de Napoleão, como a que condenou o proprietário de uma oficina de fabricação de chapéus que causava evaporações desagradáveis para a vizinhança” (1808); ou a que condenou o construtor de um forno por prejudicar o vizinho por falta de precauções (1820), além de outras que se deram ainda durante o século XIX (Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**, cit., 1ª ed., 3ª reimpressão, 2007, p.671).

⁹⁹² As decisões judiciais dos Tribunais franceses, dessa maneira, não poderiam tornar por base as disposições legais, como também não se socorreram de “elementos constantes da tradição romanística” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**, cit., 1ª ed., 3ª reimpressão, 2007, pp.677-678).

⁹⁹³ Cf. VARELA, Antunes. “O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro”, cit., in **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 1, n. 1, 1982, p.49. Como aponta o autor, essa limitação

constituíram tarefa imprescindível para dar subsídio teórico à jurisprudência que estava em formação⁹⁹⁴.

Nesse contexto, conforme a concepção de Josserand, o exercício do direito subjetivo pode se dar de forma contrária ao direito objetivo visto em sua totalidade, como corpo de regras obrigatórias que devem ser seguidas⁹⁹⁵. Pode haver, ainda assim, conforme o pensamento do autor, contradição entre o direito subjetivo e o direito objetivo e somente haveria exercício regular do direito, consoante o critério finalista, caso cumprida a função social ou a finalidade para a qual fora protegido o interesse, algo que não pode ser apreendido e fixado se não pelo juiz diante do caso concreto⁹⁹⁶.

A teoria de Josserand não encontrou, de início, acolhida unânime na doutrina francesa da época. Marcel Plainol, contestando as novas ideias, apesar de favorável ao reconhecimento de limites ao exercício dos direitos, insurgia-se com relação à contradição encerrada na expressão “abuso do direito”, pois o ato não poderia ser ao mesmo tempo contrário e conforme ao direito; tais atos deveriam ser tratados como simples atos ilícitos. Uma tal teoria, segundo o autor, destruiria a força dos direitos privados, porque todo direito é absoluto, no sentido que ele confere o direito de agir no interesse pessoal e não no interesse social, competindo à lei garantir que as prerrogativas conferidas ao titular do direito não sejam contrárias ao interesse público. Não deveria o indivíduo, desta maneira, preocupar-se com o interesse social quando exerce o seu direito⁹⁹⁷.

No Direito francês atual, aceita a distinção entre o abuso e a ausência do direito e compreendida a existência de funções para os direitos, apesar da ausência de disciplina

doutrinária ficava evidente na dificuldade de conciliar as ideias de abuso e de direito em uma única expressão, porque entediavam que “se há abuso, não pode haver direito; se há direito, que envolve prevalência de um interesse sobre os interesses com ele conflitantes, não pode haver abuso”. Alguns autores, assim, equiparavam o abuso à falta de direito e acabavam por não detectar o elemento específico do abuso do direito, capaz de justificar, no vasto arsenal dos instrumentos jurídicos, a sua fundada autonomia dogmática, ao lado das figuras próximas ou afins, como a falta do direito, a fraude à lei ou o ato ilícito” (pp.49 e 52).

⁹⁹⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**, cit., 1ª ed., 3ª reimpressão, 2007, p.670. Aliás, a expressão “abuso do direito” deve-se ao autor belga Laurent, que a empregava para as situações enfiadas pelos tribunais franceses quanto às irregularidades no exercício do direito.

⁹⁹⁵ Cf. JOSSERAND, Louis. **L’esprit des droits et de leur relativité** – Theorie dite de l’abus des droits, cit., 2ª ed., 1939, p.255.

⁹⁹⁶ Idem, pp.352 e 370.

⁹⁹⁷ Cf. PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**. Tomo 1. 4ª edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1948, p.159. Consoante o autor, cada direito tem um conteúdo que confere ao seu titular um certo número de prerrogativas e o exercício de um direito não pode em princípio acarretar nenhuma responsabilidade para aquele que age. O direito confere a irresponsabilidade, porque a responsabilidade é ligada à falha e aquele que exerce um direito não comete falha. No dizer de Planiol: “C’est le sens de l’adage: Neminem loedit qui suo jure utitur” (p.158).

genérica sobre o abuso do direito, várias são as previsões em temas específicos no *Code Civil*⁹⁹⁸, como ainda a respeito da conduta das partes a respeito do direito de ação ou de defesa, inclusive em relação aos recursos no processo civil⁹⁹⁹.

A recepção da limitação ao comportamento abusivo também se estendeu ao Direito alemão, seguindo a disposição do conhecido artigo 2º do Código Civil suíço¹⁰⁰⁰, embora com suas próprias características, e já se pôde perceber na codificação de 1896, conforme disposição constante do §226 do BGB, concebido nos seguintes termos: “O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem”.

Como aponta a doutrina, a disposição da referida regra na Parte Geral do Código implicava na possibilidade de sua aplicação indistinta a todo o Direito Privado, não a circunscrevendo à disciplina da propriedade ou aos conflitos de vizinhança¹⁰⁰¹; não obstante, a norma teve aplicação limitadíssima¹⁰⁰², porque havia referência ao elemento subjetivo no mencionado dispositivo, o que levou logo de início ao fracasso prático da proibição da chicana e, mais tarde, acabou por renunciar a ascensão do recurso da doutrina e da jurisprudência à cláusula dos bons costumes (§826) e, após, da boa-fé (§242)¹⁰⁰³.

O §826, que determinava a responsabilidade por danos causados dolosamente em afronta aos bons costumes, encontrou uma ampla casuística de toda uma série de típicos comportamentos abusivos e permitiu às cortes germânicas iniciar uma profunda relativização das normas codificadas no BGB, seguida por sucessivas décadas do século XX, encontrando na boa-fé (§242), posteriormente, uma definitiva justificação¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁸ Como, p. ex., a respeito da recusa do consentimento dos pais na adoção (art.348-6) ou na assistência educativa (art.375-7); como causa de extinção do usufruto (art.618); como causa de indenização por danos provenientes da rescisão de contrato de locação por falta do locatário (art.1.760); como causa de extinção da garantia autônoma (art.2.321) ou de privilégios resultantes de garantias sobre bens móveis (art.2.332).

⁹⁹⁹ Nos artigos 32-1, 550, 559, 581 e 628 do *Code de procédure civile*.

¹⁰⁰⁰ Cf. RANIERI, Filippo. “Norma scritta e prassi giudiziali nell’evoluzione della dottrina tedesca del *rechtsmissbrauch*”, in **RTDPC 26**, 1972, p.1218.

¹⁰⁰¹ Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**, cit., 1ª ed., 3ª reimpressão, 2007, pp.685-689. Como esclarece o autor, o mencionado §226 do BGB apresentava um grave inconveniente, relacionado à necessidade da ocorrência de dano a outrem para a configuração do exercício abusivo do direito, não satisfazendo, desta maneira, todas as necessidades práticas. (pp.690-694).

¹⁰⁰² Cf. RANIERI, Filippo. “Norma scritta e prassi giudiziali nell’evoluzione della dottrina tedesca del *rechtsmissbrauch*”, cit., in **RTDPC 26**, 1972, p.1220.

¹⁰⁰³ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.58.

¹⁰⁰⁴ Cf. RANIERI, Filippo. “Norma scritta e prassi giudiziali nell’evoluzione della dottrina tedesca del *rechtsmissbrauch*”, cit., in **RTDPC 26**, 1972, p.1223. Como aponta o autor, o §826 encontrou um fecundo campo de aplicação, como, por exemplo, em relação à concorrência desleal; o abuso do direito na liberdade contratual; o abuso em temas relacionados à sociedade por ações, para proteger os grupos de

Um grande avanço do Direito alemão, comparativamente ao Direito francês, consistiu na aplicação do princípio da boa-fé indistintamente a todas posições jurídicas, com consequências que não se restringiam ao dever de indenizar, mas que poderiam gerar a ineficácia ou a invalidade do ato praticado em afronta à cláusula geral¹⁰⁰⁵.

Nos §§157 e 242 do BGB, manifesta-se o mesmo princípio geral inspirador do §226 e, na atualidade, a utilização desses dispositivos é muito frequente, permitindo considerar inadmissível ou abusivo o exercício do direito que não tenha o único escopo de acarretar dano a outrem, ao contrário do §226¹⁰⁰⁶. Na prática, o apoio textual do dispositivo contido no §242 tornou-se um instrumento formal de legitimação de muitas soluções equitativas e antiformalísticas¹⁰⁰⁷.

Na Itália, o *Codice Civile* de 1865 não fazia referência ao exercício abusivo do direito e o diploma de 1942, regressando a algumas fórmulas casuísticas, acabou por constituir fator negativo à teoria do abuso, sem qualquer apoio nos fundamentos dos princípios gerais do direito, como a boa-fé ou os bons costumes¹⁰⁰⁸. Há referência ao tema apenas em dois dispositivos, um aplicável aos direitos reais e, outro, ao direito de crédito: o artigo 833 do Código, referente à limitação do exercício abusivo da propriedade, determinando que o proprietário não pode praticar atos apoiados nos escopos exclusivos de prejudicar ou causar dano a outrem; e o segundo, o artigo 1175, que impõe ao credor e ao devedor o dever de comportarem-se segundo a regra da exatidão¹⁰⁰⁹.

Sobre a possibilidade da repressão do abuso do direito, a prevalente doutrina italiana mostrou-se inicialmente cética, até mesmo diante da inexistência de uma regra de aplicação geral¹⁰¹⁰. A exemplo dessa constatação, autores como Mario Rotondi buscam em critérios metajurídicos a repressão aos atos abusivos, considerando-o fenômeno essencialmente sociológico, com base na formação da consciência jurídica coletiva formada

acionistas minoritários dos comportamentos desleais dos grupos majoritários, ou abusos no controle de uma sociedade e também no campo dos direitos reais (pp.1225-1231).

¹⁰⁰⁵ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.59.

¹⁰⁰⁶ Cf. CATTANEO, Giovanni. “Buona fede obiettiva e abuso del diritto”, in **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**. 1971, pp.613-614.

¹⁰⁰⁷ Cf. RANIERI, Filippo. “Norma scritta e prassi giudiziali nell’evoluzione dela dottrina tedesca del rechtsmissbrauch”, cit., in **RTDPC** 26, 1972, p.1232.

¹⁰⁰⁸ Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**, cit., 1ª ed., 3ª reimpressão, 2007, pp.701-703.

¹⁰⁰⁹ Cf. NATOLI, Ugo. “Note preliminare ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano”, cit., in **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**, 1958, p.28.

¹⁰¹⁰ Idem, p. 18.

em consideração de fatores históricos e sociológicos, por vezes divergentes nos momentos da edição da lei e da sua aplicação concreta¹⁰¹¹.

A partir da segunda metade do século passado, a doutrina italiana põe em relevo o problema do abuso, como, p. ex., quando relacionado aos direitos aos quais corresponde tão somente a sujeição da contraparte, a figura dos direitos potestativos. Neste ponto, a identificação do abuso parece resolver-se na falta de justa causa para o ato, diminuindo na medida em que a lei impõe a tipicidade das causas de exercício dos direitos, o que segue, aliás, a afirmação da tendência da causalidade dos atos, antes de regra entendidos como abstratos¹⁰¹².

Para Giovanni Cataneo, da doutrina italiana poderia se extrair um conceito menos amplo de boa-fé, mais preciso e determinado, que se apresentaria como “honestidade mercantil”, necessária ao favorecimento dos negócios e que não coloca em questão a liberdade contratual, nem a igualdade abstrata entre os sujeitos privados, e que se presta a assegurar o melhor funcionamento do sistema fundado sobre a autonomia privada. A evolução racional do sistema, com tal compreensão da boa-fé, não deve excluir a possibilidade da defesa dos fracos, da solidariedade social, o respeito à personalidade humana e outros ideais que excedem a concepção liberal das relações patrimoniais¹⁰¹³.

No Direito português, a disposição contida no artigo 334º do Código Civil não constitui, na voz da doutrina, “expressão de correntes jurisprudenciais ou doutrinárias anteriores, mas como recepção da doutrina estrangeira”¹⁰¹⁴. Assim, o Direito português contemporâneo (CC, art. 334º) foi nitidamente inspirado no Código Civil grego (art.281), que por sua vez aproveitou o resultado da evolução legislativa e doutrinária suíça e sobretudo

¹⁰¹¹ Cf. ROTONDI, Mario. **L’abuso di diritto**, cit., 1ª ed., 1979, p.15. Conforme observa o autor, onde “in teoria esattamente si riconosce da tutti che ogni azione o è lecita, cioè conforme al diritto, o è illecita, cioè contraria al diritto: tertium nom datur”. A esfera jurídica de um indivíduo não poderia se sobrepor a de outro e a possível existência de conflitos é deixada necessariamente pela lei ao trabalho do intérprete ou, por vezes, ao *giusdicente* (p.20).

¹⁰¹² Cf. RESIGNO, Pietro. “L’abuso del diritto”, cit., in **Rivista di Diritto Civile**, 1965, pp.244 e 256. Os direitos potestativos são aqueles nos quais à posição ativa do titular corresponderia apenas uma mera sujeição do destinatário. Como esclarece Resigno, a expressão “direito postestativo” utilizada pela doutrina italiana coincide com o que os franceses chamam de direitos discricionais, imotivados, não causais ou absolutos.

¹⁰¹³ Cf. CATTANEO, Giovanni. “Buona fede obietiva e abuso del diritto”, cit., in **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**, 1971, p.634.

¹⁰¹⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**, cit., 1ª ed., 3ª reimpressão, 2007, p.708. Consoante observa o autor, o abuso do direito no Código Grego é produto da doutrina germânica (p.717).

alemã¹⁰¹⁵. Nesse sentido, a lei condensa as referências à boa-fé e aos bons costumes, já constantes daquelas codificações, e aos fins social e econômico do direito, constantes do projeto franco-italiano das obrigações (art.71)¹⁰¹⁶.

Pode-se constatar a existência de elementos constitutivos clássicos na concepção portuguesa do exercício inadmissível de posições jurídicas, como o exercício de um direito, seja por ação ou omissão, a existência de contrariedade aos fins da norma que prevê esse direito, ou à moral, à boa-fé ou aos costumes; via de regra, a consequência danosa ao exercício antifuncional do direito, ou o potencial danoso, e a imputabilidade a quem exerce efetivamente o direito.

Como se pode ver, as construções jurídicas sobre o tema do abuso do direito, seja na sua gênese jurisprudencial, como na fundamentação teórica e na autonomia dogmática que lhe foram conferidas pela doutrina, levaram ao reconhecimento legislativo da relatividade dos direitos, algumas vezes genérico, noutras em específicos casos, algo que se difundiu nos sistemas jurídicos modernos por diferentes fórmulas e, como veremos a seguir, também no Direito brasileiro.

8.3.2 O desenvolvimento da noção de abuso do direito no ordenamento brasileiro

A tradição brasileira sobre o tema do abuso do direito, até o final do século XX, tem sua construção comparada às “peças de um mosaico”, já que edificada sobre fragmentos da legislação, da doutrina e da jurisprudência¹⁰¹⁷. Nesse contexto, sem uma regra consagradora geral, como nos Direitos alemão e suíço¹⁰¹⁸, e em dimensão bem mais restrita e esparsa, as primeiras previsões legislativas sobre o abuso do direito vieram com o Código Civil de 1916, nas disposições genéricas do exercício regular do direito, cuja ameaça não poderia ser tida como coação (art.100) e o exercício não deveria ser tomado como ato ilícito

¹⁰¹⁵ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, *in* DELGADO, Mário; ALVES, Jones F., coordenadores, **Novo Código Civil – Questões controvertidas**. V.6. São Paulo: Método. 2007, p.527.

¹⁰¹⁶ Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**, cit., 1ª ed., 3ª reimpressão, 2007, p.715.

¹⁰¹⁷ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, cit., *in* DELGADO, Mário; ALVES, Jones F., coordenadores, **Novo Código Civil – Questões controvertidas**, v.6, 2007, p.507.

¹⁰¹⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V.1. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p.468.

(art.160, I), e nas disposições casuísticas contidas nos artigos 526, 554, 564, 584, 585, 587, 1530 e 1531¹⁰¹⁹.

Se o exercício regular do direito não constituía ato ilícito na previsão do artigo 160, I do CC de 1916, a *contrario sensu*, o exercício irregular deveria ser tido como inadmissível. Também a Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰²⁰ levava em conta a ilicitude do excesso no exercício dos direitos, que desatende as suas finalidades sociais e econômicas, ao dispor que o juiz, na aplicação da lei, “deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Apesar de serem tímidas e assistemáticas essas primeiras previsões, a Revolução de 1930 trouxe novos rumos políticos para o país e marcou a edição de muitas leis especiais, pelo que a jurisprudência, já em meados do século XX, passou a se debruçar frequentemente sobre o tema do abuso, em especial, a respeito das relações de locação, de grande importância naquele momento, e, posteriormente, nas décadas de 1960 e 1970, também em relação a outras matérias, como o Direito Processual¹⁰²¹, em relação à questão da lide temerária, como ainda o Direito do Trabalho, o Direito Administrativo e o Direito Penal¹⁰²².

Hoje, com a disciplina transplantada de modelos estrangeiros¹⁰²³, o atual Código Civil brasileiro prevê o abuso do direito como modalidade do ato ilícito, mais

¹⁰¹⁹ Nesse sentido: VARELA, Antunes. “O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro”, cit., *in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, v. 1, n. 1, 1982, p.5-36. Pondera o autor que, historicamente, o artigo 160, I, do CC de 1916 “foi o pioneiro no tratamento da matéria e, a partir dele, o instituto inseriu-se no direito privado brasileiro e espraiou-se para os demais ramos” (p.38). Porém, como observa Pedro Baptista Martins, as disposições sobre a lide temerária constituiriam as primeiras em tema do abuso do direito, anteriores ao Código Civil de 1916 (MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3ª edição (histórica). Rio de Janeiro: Forense. 1997, p.92).

¹⁰²⁰ Cf. art.5º da LICC.

¹⁰²¹ O CPC brasileiro de 1973, nessa linha, já trazia previsão expressa a respeito do tema do abuso relacionado aos exercícios dos direitos de ação e de defesa, que deveriam se dar com lealdade e boa-fé, sob pena de responderem seus titulares como litigantes de má-fé pelos danos causados à contraparte (VARELA, Antunes. “O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro”, cit., *in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, v. 1, n. 1, 1982, p. 44).

¹⁰²² Cf. MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, cit., *in DELGADO, Mário; ALVES, Jones F., coordenadores, Novo Código Civil – Questões controvertidas*, v.6, 2007, pp.508-513. Como esclarece a autora, foi somente na virada para o século XXI, “que a jurisprudência passou a caminhar – ainda que em passos vacilantes – no sentido da objetivação do abuso”. A Constituição de 1988 e as grandes mudanças legislativas dos anos 1990, com a descodificação civil e a edição do Código de Defesa do Consumidor, com sua “noção objetiva de abusividade”, e a criação do Superior Tribunal de Justiça trouxeram novas decisões que prescindiam dos elementos subjetivos, mas ainda sem os elementos de concreção que viriam consagrados no CC de 2002, como a boa-fé, os bons costumes e o fim social e econômico do direito (pp.513-515).

¹⁰²³ Semelhantes disposições constam do Direito português contemporâneo, que prevê como inadmissível o exercício de posições jurídicas que excedam manifestamente os limites impostos pela boa-fé,

especificamente no artigo 187, ao determinar que também “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, elementos que constituem as três balizas para a aferição da licitude do exercício dos direitos. Inegável, porém, que a estrutura constante do código em vigor, como aponta a doutrina, permitiu também outras formas de tutela¹⁰²⁴.

8.3.3 O abuso do direito como instituto da Teoria Geral

A prevalente doutrina dos países aqui referidos orienta-se ao reconhecimento da autonomia do abuso do direito¹⁰²⁵, que, apesar de ter se desenvolvido inicialmente no Direito Privado, hoje é unanimemente reconhecido como instituto da Teoria Geral¹⁰²⁶, aplicável, portanto, bem além dos confins da execução das relações, “podendo se estender a todo o campo das liberdades, faculdades e prerrogativas”¹⁰²⁷.

Partindo dessa premissa, compreende-se a importância da noção do instituto¹⁰²⁸, que toma por ponto inicial o fato de que a relação jurídica atribui aos seus integrantes posições jurídicas subjetivas consistentes em direitos subjetivos e deveres, como também os chamados poderes-deveres, cujo exercício não serve apenas ao benefício de seu titular, mas também de terceiros, aos quais a norma jurídica visa proteger. Assim, ainda que se tome

pelos costumes ou pelo seu fim social ou econômico (CC, atr. 334º) (Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**, cit., 1ª ed., 3ª reimpressão, 2007, p.661).

¹⁰²⁴ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, cit., in DELGADO, Mário; ALVES, Jones F., coordenadores, **Novo Código Civil – Questões controvertidas**, v.6, 2007, p.507. Como pondera a autora, “a concepção tradicional não deixava espaço nem à percepção dos variados casos em que ocorre o dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito, nem às hipóteses de ilicitude sem dano indenizável” (pp.521 e 523).

¹⁰²⁵ Cf. RESIGNO, Pietro. “L’abuso del diritto”, cit., in **Rivista di Diritto Civile**, 1965, p.242.

¹⁰²⁶ Nesse sentido: MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.13.

¹⁰²⁷ Cf. CATTANEO, Giovanni. “Buona fede obiettiva e abuso del diritto”, cit., in **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**, 1971, p.637 (tradução livre).

¹⁰²⁸ Consoante aponta Mario Rotondi, muitas seriam as dificuldades para a formulação de um conceito de abuso do direito, mas três seriam as principais: a vastidão do Direito Privado como campo de aplicação; a falta de disposições no direito positivo e a indeterminação do tema, que seria aplicado de fato a algumas situações de típicos ilícitos. O verdadeiro fundamento do conceito de abuso do direito e utilidade da doutrina que se formou em torno do tema, segundo aponta Rotondi, revela-se pelo fator de mutabilidade do Direito, como fenômeno essencialmente mutável. Sob o olhar da perspectiva histórica e sociológica, a evolução contínua do Direito na consciência jurídica do povo, que se cristalizou em dado momento nas disposições da lei, contém limites que não se podem considerar estáveis e imutáveis (Cf. ROTONDI, Mario, cit., 1ª ed., 1979, pp.15 e 22).

como livre o exercício do direito, há que se considerar a sua relatividade¹⁰²⁹, eis que, longe de ser absoluto, a ele se impõem os limites e a funções para as quais foi reconhecido, estas em franca ascensão, em virtude do fenômeno da funcionalização dos direitos¹⁰³⁰.

Os direitos subjetivos, no dizer de Josserand, são direitos-funções, porque são sociais por sua gênese e por sua finalidade; abusivo, conforme essa concepção, será o exercício do direito quando contrário ao fim para o qual fora instituído, “o seu espírito e finalidade”¹⁰³¹.

Mas, qual seria a finalidade dos direitos? No que consistiria essa função?

Os direitos subjetivos, como aponta a doutrina contemporânea de Coutinho de Abreu, são instrumentos para a realização dos interesses das pessoas, talhados para cumprirem essa tarefa e, “logo por isso, marcados funcionalmente”. Se exercido o direito sem o cumprimento do interesse de seu titular e atingidos os interesses de outrem, revela-se o abuso, o exercício inadmissível¹⁰³².

Essa visão do abuso toma como pressuposto a consideração de que o direito subjetivo é instrumento para as pessoas perseguirem a satisfação de necessidades pessoais, tomando em consideração apenas a função individual dos direitos. A simples negação de interesses do próprio titular do direito, projetando efeitos prejudiciais a interesses de outras pessoas, constituiria o exercício inadmissível. Veja-se, contudo, que os direitos têm funções individuais, como também podem ter, em maior ou menor medida, finalidades sociais que ditam a sua relevância para a comunidade.

Com efeito, alguns direitos são instituídos unicamente para atender finalidades individuais, como os direitos personalíssimos; outros, no entanto, não são tão restritos. Nesse sentido, embora nem sempre haja função social a ser atendida, apenas individual¹⁰³³, forçoso concluir que alguns direitos e poderes têm funções que transcendem os interesses de seus titulares.

Menciona Jean Dabin a existência de limites explícitos e implícitos para os direitos que são traçados pelo direito objetivo, que segue a lei e outras fontes, além dos

¹⁰²⁹ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. V.3. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p.112.

¹⁰³⁰ Consoante aponta Pietro Resigno, há uma progressiva redução dos direitos não-causais e da discricionariedade dos direitos privados (“L’abuso del diritto”, cit., in **Rivista di Diritto Civile**, 1965, p.206).

¹⁰³¹ Cf. JOSSERAND, Louis. **L’esprit des droits et de leur relativité** – Theorie dite de l’abus des droits, cit., 2ª ed., 1939, p. 370.

¹⁰³² Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, pp.28 e 30.

¹⁰³³ Cf. DABIN, Jean. **Le droit subjective**. 1ª edição. Paris: Dalloz. 1952, p.273.

limites da moralidade. O papel do legislador e eventualmente do juiz quanto à delimitação dos direitos subjetivos, inclui colocá-los em harmonia com o bem geral; o abuso, no esquema mencionado, deve ser visto como reação da moral social¹⁰³⁴ em face de certos atos, que, apesar de se darem no contexto do exercício de direitos, podem afrontar direitos de justiça e equidade¹⁰³⁵.

Quando se fala de abuso do direito, refere-se que o exercício da liberdade garantida pela norma pode dar lugar à responsabilidade, o que significa subtender à liberdade e ao poder um limite; mas, mesmo que a medida aparente ser vaga e fugidia, não leva, no dizer de Pietro Resigno, a negar o abuso como fenômeno social, não se contestando que o direito possa ser exercido de modo disforme das razões para as quais foi concedida a tutela legislativa¹⁰³⁶.

Tais constatações não permitem concluir, entretanto, que o abuso do direito, como teoria aplicável a atividade legalmente amparada, possa ser manejado com “tanta flexibilidade”, de forma a colocar sob seu âmbito qualquer situação que possa interpretar-se como prejudicial¹⁰³⁷; aliás, não é propriamente o dano que marca o exercício irregular do direito¹⁰³⁸, porque existe numerosos e variados casos para os quais a permissão de agir ou de não agir implica em um dano possível ou provável a outrem¹⁰³⁹.

¹⁰³⁴ Idem, pp.270-271. Jean Dabin considera “moralment dès lors, l’homme mésuse ou abuse de ses droits lorsqu’il les utilise à des fins immorales. Pour son propre mal ou por le mal des autres hommes, ses frères en humanité”, algo que nada teria a ver com um sistema de lei dirigida, mas sim com os limites da moralidade (p.293).

¹⁰³⁵ Note-se, porém, que, nesse aspecto, diferem as noções de Josserand e Dabin, porque, para o primeiro, a moral faria parte de um mesmo todo a que pertence o Direito ou, em suas palavras, seria o Direito o “profit social de l’ethique” (JOSSERAND, Louis. **L’esprit des droits et de leur relativité** – Theorie dite de l’abus des droits, cit., 2ª ed., 1939, pp.347-348). Também divergem o entendimento dos dois autores com relação à função social dos direitos, eis que para Dabin, existe uma categoria de direito, os direitos egoístas, para os quais somente haveria função individual (DABIN, Jean. **Le droit subjective**, cit., 1ª ed., 1952, p.273).

¹⁰³⁶ Cf. RESIGNO, Pietro. “L’abuso del diritto”, cit., in **Rivista di Diritto Civile**, 1965, pp.206, 212. O autor, contestando o que chama de vaguíssima fórmula do “espírito do direito” e “espírito das instituições”, aduz que estes se reportam aos princípios gerais subjacentes à legalidade e que constituem, no conjunto, um direito natural de conteúdo variável, como uma superlegalidade. A essa visão, de ideologia católica, se opõe outra, de conteúdo laico, que se refere à reprovação pela consciência comum. Mas, em ambas, o juiz vem chamado a uma tarefa delicada e difícil de perquirir sobre a “moralidade das intenções”. No dizer do autor: “Cogliere lo spirito e il ‘piano’ dell’istituzione, il voto del legislatore rimasto inappagato nell’esercizio concreto del diritto, la reazione della coscienza generale, significa muoversi in un’indagine altrettanto incerta ed arbitraria, pur se il comportamento e l’azione sono valutati, questa volta, solamente nel ‘foro esterno’” (p.228).

¹⁰³⁷ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.13.

¹⁰³⁸ Como aponta a doutrina, não pode caracterizar abuso do direito “o fato do seu exercício causar eventualmente um dano, ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inevitável do exercício do direito, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, cit., v.1, 8ª ed., 1984, p. 467).

¹⁰³⁹ Cf. DABIN, Jean. **Le droit subjective**, cit., 1ª ed., 1952, p.279.

Ainda que não se procure a caracterização do abuso como contrariedade à moral social (Dabin) ou em fenômenos sociais (Resigno), buscando-se no próprio sistema jurídico a justificação para a repressão do abuso do direito por meio do controle jurisdicional, é preciso ter em conta a tendência de coligar diretamente os princípios de exatidão e de boa-fé a valores muito genéricos, os quais se afirma a extensão a todas as relações patrimoniais¹⁰⁴⁰.

É preciso, então, estabelecer o modo e as diretivas sobre as quais esses valores possam contribuir para fixar os confins das singulares situações jurídicas subjetivas e, para essa finalidade, considera-se que a boa-fé, além do significado de princípio geral de direito, como objetivo que deve nortear a ação de qualquer pessoa, “nomeadamente no exercício de direitos e deveres”¹⁰⁴¹, assume outro significado, o de estado de ignorância sobre a ilicitude de determinada conduta ou do convencimento da licitude de determinado comportamento.

Nesse ponto, divide-se a doutrina quanto à importância da consciência do excesso no exercício do direito, o elemento volitivo do agente¹⁰⁴², sendo que, para os adeptos da corrente subjetivista, é imprescindível a ocorrência do dolo ou da culpa grave, enquanto que, para a larga maioria¹⁰⁴³, com razão teria o artigo 187 do CC brasileiro adotado a teoria objetivista. Observe-se que no mencionado dispositivo legal (art.187) e naquele que se refere ao gênero *ato ilícito* (art.186) não há referência expressa ao estado anímico, tão somente aos

¹⁰⁴⁰ Cf. CATTANEO, Giovanni. “Buona fede obiettiva e abuso del diritto”, cit., in **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**, 1971, pp.617-622. Diz o autor que “questi modi di concepire la buona fede finiscono infatti, piú o meno consapevolmente a seconda dei casi, per trasenrare o supprimere ogni vera distinzione tra questo principio e gli altri criterio elastici presenti nei codici, come i buoni costumi, la diligenza del buon padre di famiglia o l’equità” (p.621). Afirma Cattaneo, ainda, que o instrumento das cláusulas gerais pode se mostrar não tão desejável e que os princípios constitucionais resultam em muitos casos estranhos à disciplina da relação concreta, o que leva a crer que a função da boa-fé objetiva nos sistemas normativos apresenta-se muito problemática, por representar uma norma “em branco” e por poder ser entendida como uma autorização ao juiz de julgar exclusivamente segundo a própria consciência.

¹⁰⁴¹ Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, p.55. Como ressalta o autor, o princípio da boa-fé não encontra apenas aplicação na matéria relativa ao exercício dos direitos, deve atuar também no cumprimento de obrigações, ou seja, “vale para todo o comportamento juridicamente relevante das pessoas” (p.61).

¹⁰⁴² A análise do elemento volitivo do agente era imprescindível para as teorias subjetivistas, tornando-as muito próximas à *emulatio* da Idade Média, embora não houvesse uniformidade entre elas, posto que algumas baseavam-se no dolo, a intenção de prejudicar, enquanto outras apoiavam-se nos critérios técnicos relativos à culpa simples ou à falta grave. Para as teorias objetivistas, o abuso configurava-se apenas pelo exercício irregular do direito, que excedesse o seu fim econômico ou social, independentemente da previsibilidade do resultado negativo.

¹⁰⁴³ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, cit., in DELGADO, Mário; ALVES, Jones F., coordenadores, **Novo Código Civil – Questões controvertidas**, v.6, 2007, p.519.

limites do exercício do direito, que encontram suas balizas no seu fim econômico e social, na boa-fé e nos bons costumes.

A boa-fé¹⁰⁴⁴ deve ser vista, então, de forma objetiva, como um “*standard* de lisura, correção, proibidade, lealdade, honestidade”, somada aos bons costumes, cujo conteúdo varia conforme o sentido ético predominante em dada comunidade, e o fim social e econômico do direito, como elementos que devem ser ponderados para a aferição do abuso¹⁰⁴⁵.

Note-se, porém, que o excesso, na dicção da lei (art.187 do CC), há de ser *manifesto* e isso não quer dizer que o agente deve ter se excedido em demasia no exercício do direito, pois, ainda que pouco o excesso, já se está no campo da ilicitude. *Manifesto* é aquilo que é evidente, o que não pode deixar de ser notado. Esse pressuposto da evidência do excesso, somado à violação dos limites relativos às funções sociais e econômicas previstas para o direito, à boa-fé e aos bons costumes tornam o exercício do direito um ato ilícito.

Violados esses parâmetros, as sanções ao exercício abusivo do direito, além da responsabilidade civil, na ocorrência de dano, encontram aplicação casuística de grande variedade, que se diferencia conforme o direito cujo exercício fora excedido, implicando desde o regime de invalidades e reposição ao estado anterior, até à perda do direito, em relação que não pode se dizer seja taxativa¹⁰⁴⁶.

8.3.4 A repressão ao abuso do direito no processo de recuperação judicial diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Afora alguns casos em que o ordenamento jurídico já se incumbe de fixar a exata extensão dos direitos concedidos, cominando penas para o exercício que se pode chamar de

¹⁰⁴⁴ No conjunto de atos de exercício de direitos contrários à boa-fé, “cabem ainda aquelas situações em que o ato praticado pelo titular do direito revela manifesta incoerência com o seu comportamento anterior perante a contraparte. Fala-se nesses casos num *venire contra factum proprium*” (VARELA, Antunes. “O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro”, cit., in **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 1, n. 1, 1982, p. 48).

¹⁰⁴⁵ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, cit., in DELGADO, Mário; ALVES, Jones F., coordenadores, **Novo Código Civil – Questões controvertidas**, v.6, 2007, pp.530 e 537.

¹⁰⁴⁶ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, pp.58-59.

arbitrário¹⁰⁴⁷, há aquelas situações como as que podem ocorrer no âmbito do Direito Concursal¹⁰⁴⁸ e, mais especificamente, na recuperação judicial, em que o legislador não estabelece previamente limitações ao exercício dos direitos individuais.

Levando em consideração que a disciplina do abuso do direito vem contida em nosso ordenamento na parte geral do Código Civil (art.187), bem como diante da necessidade da coexistência dos direitos de diversos titulares nos mais variados ramos do Direito, é possível concluir sobre sua aplicação indistinta à generalidade das posições jurídicas subjetivas¹⁰⁴⁹.

No Direito Concursal, a potenciação da continuação da atividade empresarial é um valor que deve superar a liquidação dos bens do devedor, mas não se pode olvidar da relação custo-benefício e da própria análise econômica do direito sob o prisma da multilateralidade das relações e sua integral projeção. Como pondera Efraín Hugo Richard, o Estado, ao deixar a atividade de mercado ao setor privado, reserva a si a função de assegurar a solidariedade do sistema, não somente em termos de vigilância, mas também em relação à função normativa e, no concurso de credores, por meio da atividade judicial de controle à abusividade dos acordos¹⁰⁵⁰.

Note-se que, apresentado o plano pelo devedor na recuperação judicial, se nenhum credor se opuser no prazo legal, ele será aprovado; havendo objeção, será convocada assembleia-geral de credores que poderá aprovar o plano, recusá-lo ou modificá-lo. Há, aqui, um divisor de águas no processo de recuperação judicial entre a litigiosidade e o consenso, evidenciando uma sensível modificação em relação ao direito anterior, por ter sido colocado nas mãos das partes, dentro de parâmetros de razoabilidade, a decisão sobre o destino da empresa¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁷ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**. 1º vol. 25ª edição. São Paulo: Saraiva. 1985, p.282.

¹⁰⁴⁸ Como exceção, na anterior Lei de Quebras (art.20 do Decreto-lei n. 7.661/45), o pedido abusivo de falência sujeitava o requerente ao pagamento de indenização, “permitindo que se funde aí uma caracterização típica de abuso do direito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, cit., v.1, 8ª ed., 1984, p.469).

¹⁰⁴⁹ Nesse sentido, também: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.63.

¹⁰⁵⁰ Cf. RICHARD, Efraín Hugo. “**Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley**”, p.6. (disponível em: www.acaderc.org.ar/doctrinas/articulos, acesso em 16/01/2017).

¹⁰⁵¹ Como ressalta Alberto Camiña Moreira, “foi subtraído do juiz, a princípio, a possibilidade de examinar o plano de recuperação e de impô-lo aos credores”. Ainda que na opinião do juiz o plano aceito pelos credores seja ruim, o magistrado não deverá examinar o conteúdo do plano aprovado (“Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do Ministério Público”, cit., in PAIVA, Luiz Fernando Valente

Essa constatação não reduz o papel do Judiciário, pelo contrário, torna-o imprescindível, tanto que o controle jurisdicional na recuperação é exercido desde a propositura da demanda; mas, há um momento do processo em que ele se acentua e se torna crucial: a oportunidade da homologação da deliberação da assembleia sobre o plano proposto, em que, normalmente, será concedida a recuperação judicial ou decretada a quebra do devedor.

Considerando que a iniciativa econômica privada constitui indispensável “instrumento de progresso coletivo”¹⁰⁵², facilmente se percebe a dimensão que pode assumir o abuso do direito no processo de recuperação, que pode ser cometido tanto pelo devedor como pelo credor¹⁰⁵³ e, apesar da importância da matéria, a esse respeito é omissa a LRE, seja em relação a possíveis comportamentos que poderiam constituir modalidade de abuso, como em relação às consequências que deveriam acarretar tais condutas.

Imprescindível, então, a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional para o respeito aos direitos subjetivos, como interesses juridicamente protegidos pela norma¹⁰⁵⁴, constatando as situações de abuso e aplicando as disposições genéricas do Código Civil, tanto para o exercício de posições exclusivamente processuais, como também para aquelas que implicam evidentes efeitos substanciais, apesar de veiculadas por atos praticados em razão do processo por qualquer das partes.

8.3.4.1 Abuso do direito pelo devedor

Se a recuperação é o caminho legítimo para a superação da crise da empresa, não se pode olvidar de eventuais abusos que podem ser cometidos pelo devedor, pois, como tem

de (coord.), **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**, 1ª ed., 2005, p.253 e 254).

¹⁰⁵² Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, p.42.

¹⁰⁵³ Consoante pondera Alberto Camiña Moreira, o abuso do devedor pode ser cometido, entre outras situações, na oportunidade em que elabora a lista de credores que devem ser submetidos à recuperação e a respeito das disposições do plano; já o credor tem no seu voto o principal instrumento abusivo (“Abuso do devedor e do credor na recuperação judicial”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.182). Embora não sejam esses os únicos meios de exceder aos limites de seus direitos no processo, como à evidência demonstram os incontáveis excessos cometidos pelo abuso dos meios de impugnações endoprocessuais.

¹⁰⁵⁴ Os interesses juridicamente protegidos pela norma substancial dizem respeito sempre a determinados sujeitos que se encontram em uma posição favorável diante da situação concreta, como preconizado genericamente na previsão normativa, o que demonstra que o direito subjetivo “é o resultado da incidência da regra jurídica sobre determinado suporte fático, inserindo-o no mundo do Direito e transformando-o em fato jurídico” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**, cit., 6ª ed., 2011, p.12).

apontado a doutrina, “o não pagamento de dívidas, para muitos, torna-se um excelente e lucrativo negócio...”¹⁰⁵⁵.

Tanto no Brasil como em outros países¹⁰⁵⁶, concede-se oportunidade para a correção dos pontos que configurem o abuso; mas, como precedente lógico, é de se concluir, que, apesar de não prever a LRE meio processual específico para que seja veiculado o eventual inconformismo do credor dissidente às deliberações da assembleia ainda em primeira instância, tal oportunidade não pode lhe ser negada diante do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Importante identificar, então, os pontos mais comuns em que se discute sobre o que deveria ou não decidir o Judiciário em termos de abuso do devedor, ou seja, sobre quais questões incidiria ou não o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Com esse intuito, a casuística que tem se apresentado diante de nossos tribunais, sem pretensão de esgotar o rol de situações possíveis, recomenda apreciar a questão sob os aspectos da existência ou inexistência de limites mínimos para a proposta do devedor; da clareza dos seus termos em relação aos efeitos negativos decorrentes do decurso do tempo e da presença de clauslas potestativas ou que violem disposição de lei e, ainda, a falta de tratamento isonômico aos credores.

8.3.4.1.1 Limites mínimos para a proposta

A LRE não especifica as condições mínimas de pagamentos a serem ofertadas pelo devedor e os meios processuais, previstos expressamente na lei, para se insurgir o credor, são: a objeção ao plano (art.55 da LRE); o voto de rejeição, na oportunidade da deliberação da assembleia (art.56) e a possibilidade de alteração da proposta, que dependerá, entretanto, da concordância do devedor (§3º do art.56).

¹⁰⁵⁵ Cf. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. “Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade”, cit., in Arruda Alvim (coord.), **Execução civil e temas afins do CPC/1973 ao novo CPC**: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis, 1ª ed., 2014, p.581

¹⁰⁵⁶ No Direito argentino, sustenta doutrina que o juiz “deberá dar oportunidad al deudor para que corrija el vicio eliminando los elementos que configuran el abuso. De outro modo, se cometeria no sólo una injusticia, sino tambien una violación de las garantías de las defensa en juicio y del debido proceso, consagradas por la Constitución Nacional” (VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.286).

Não havendo limites de privação patrimonial ao credor e considerando o caráter negocial do acordo e a disponibilidade dos direitos discutidos na recuperação judicial, poderia se chegar à conclusão de que não cabe ao magistrado exercer poder jurisdicional em relação a essa questão? Por outras palavras: na hipótese de inconformismo de credor dissidente à decisão da assembleia, deve haver a incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre esse tema?

A existência de limite taxado à proposta do devedor esteve presente na legislação argentina até a reforma ocorrida em 1995, de forma que a legislação anterior não permitia proposta com desconto superior a 60% dos créditos, ou seja, o plano não poderia prever pagamento inferior a 40% dos valores devidos. Esse limite desapareceu nas reformas do sistema concursal empreendidas após 2002, pelas Leis n.25.563 e n.25.589; mas, esta última norma incorporou previsão muito importante no sentido de proibir a homologação de acordos abusivos ou em fraude à lei, que, segundo a doutrina, incluiriam aqueles acordos que previssem soluções que não fossem razoáveis e implicassem o efeito confiscatório para o patrimônio dos credores¹⁰⁵⁷.

A regra do *best-interest-of-creditors* do Direito norte-americano consiste na exigência de receberem os credores na *reorganization* valor ao menos equivalente ao que receberiam na falência do devedor, funcionando, como aponta a doutrina, como “um mecanismo de verificação da viabilidade econômica da empresa”¹⁰⁵⁸, algo que também pode ser visto no Direito alemão, para o qual a solução de reerguimento não pode resultar prejudicial ao credor em relação ao proveito que teria em caso de liquidação¹⁰⁵⁹.

Em nosso ordenamento não há limite mínimo expresso em lei e nos casos em que os descontos das dívidas são propostos em condições de razoabilidade, os tribunais têm reconhecido a soberania das decisões da assembleia, homologando suas deliberações¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, pp.73-74 e 178-180. Reclama o autor que a crise econômica vivenciada pela Argentina no início de 2002, que justificou a edição de uma norma de emergência no campo do Direito Concursal, como um momento de exceção, retirando o limite mínimo taxado, não mais se justifica na atual realidade econômica argentina, apesar de cristalizado na legislação (p.76).

¹⁰⁵⁸ Cf. BATISTA, Carolina Soares João, CAMPANA FILHO Paulo Fernando, Miyazaki, Renata Yumi e CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Contribuições Interpretativas *“Best Interest of Creditors”* ou *“Unfair Discrimination”*”, in **RDM 143**, p.229.

¹⁰⁵⁹ Cf. BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, cit., in **Brooklyn Journal of International Law 23**, 1997, p.178.

¹⁰⁶⁰ Nesse sentido: AI. 22600720-90.2015.8.26.0000, Comarca de Ibitinga, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u. j. 11.05.2016; AI. 2233924-62, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 05.04.2015; AI. 1.0598.14.001580-4/035, Comarca de Santa Vitória, TJMG, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Marcelo Rodrigues, v.u. j. 02.02.2016.

Não é essa orientação prevalente, contudo, quando os deságios propostos comprometem percentual considerável (70, 80 e até 90%) do valor originariamente devido.

Assim como no Direito norte-americano, sugere a doutrina “um parâmetro objetivo, a sinalização do grau máximo de sacrifício que pode ser imposto aos credores”¹⁰⁶¹, considerando o que receberiam no cenário de liquidação da sociedade, para ser desenvolvida a noção de abuso do direito por parte do devedor.

Nesse sentido, não se pode homologar proposta que, em última análise, produza o enriquecimento dos sócios em prejuízo dos credores que se beneficiam de descontos e de longos prazos, em situação equivalente às referências do preço vil¹⁰⁶², quando a empresa é viável e manifestamente possível uma melhor oferta de pagamento das dívidas.

A comparação da posição do credor diante da proposta em relação àquela que teria na hipótese de falência é relevante, sendo apta a resolver a maioria dos casos diante da natureza negocial que marca o processo de recuperação; contudo, é preciso destacar algumas ponderações.

Primeiramente, é necessário ter em conta a disponibilidade dos direitos discutidos na recuperação judicial e, nesse contexto, se podem os credores até renunciarem a seus créditos, não caberia a exigência de limites mínimos à proposta do devedor, caso não haja insurgência. Disso se deduz que não cabe o controle judicial antes da assembleia e da manifestação expressa de inconformismo dos credores dissidentes quanto ao valor aceito pela maioria, mas somente no momento da homologação da decisão da assembleia, ou após a ela, em sede de recurso.

Ainda que haja inconformismo do credor, o parâmetro da comparação das soluções, preconizada na proposta e diante de uma possível falência, também não é critério suficiente em todas situações; bastaria pensar na situação de quase ausência de patrimônio do devedor, para que se entendesse razoável uma proposta de pagamento de 2% das dívidas no longo prazo de dez anos¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade”, cit., in **RDB** 60, p.318.

¹⁰⁶² Cf. RICHARD, Efraín Hugo. “**Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley**”, cit., pp. 7-8. Diz o autor que a análise da abusividade da proposta é problema qualitativo e não quantitativo, que deve levar em conta a atuação de administradores e sócios da sociedade, desde a planificação da reorganização ou da insolvência para afetar terceiros, se tentaram a capitalização das dívidas ou uma liquidação rápida e eficiente a baixo custo (p.15).

¹⁰⁶³ Exemplo de Efraín Hugo Richard, que ressalta a importância da questão do capital constitutivo mínimo, que deve ser mantido durante a vida societária, concluindo serem “no empresas” aquelas que seguem operando sem a menor condição de competitividade (“**Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley**”, cit., p.24).

A proposta que prevê baixos valores de pagamento, mesmo em condições superiores ao que receberiam os credores em caso de falência, pode revelar, diante do caso concreto e frente às informações constantes do processo, que a crise da empresa pode derivar, dentre outras causas, de sua manifesta inviabilidade econômico-financeira ou da atuação irregular dos seus sócios ou administradores, a ensejar suas responsabilizações patrimoniais.

Embora a análise sobre a viabilidade da empresa, sob o sistema da LRE, caiba ao credor, como já abordado¹⁰⁶⁴, o controle sobre a manifesta inviabilidade cabe ao Judiciário, sendo essencial para atender interesses públicos: em favor da economia, como atuação saneatória; para que seja efetivo o processo de recuperação judicial diante do caso concreto e para que não sejam desperdiçados tempo e recursos públicos com processos que somente aumentarão os danos marginais para as partes e a coletividade.

Por outras palavras, uma proposta pode ser mais atraente para os credores em relação à posição que teriam em caso de falência, mas não ser a melhor possível diante do caso concreto.

É o caso também das hipóteses em que presentes causas de responsabilização dos sócios e administradores da sociedade, que dão ensejo à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como a subcapitalização ou a confusão patrimonial¹⁰⁶⁵, ou ainda outras que ensejam as suas responsabilizações por descumprimento de obrigações civis ou societárias. Nessas situações, é preciso ressaltar que a aceitação de baixos valores de pagamento aos credores retira o interesse de agir para a persecução da responsabilização patrimonial por parte dos legitimados na recuperação judicial ou na falência, o que poderá acarretar não somente posição mais desvantajosa financeiramente aos credores, mas ainda inegáveis consequências prejudiciais à economia e à coletividade, sem a sanção patrimonial aos responsáveis pela atuação irregular de determinadas sociedades.

Presente à toda evidência o interesse geral da questão, deve incidir o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre o manifesto excesso da posição jurídica do devedor pela apresentação de proposta irrisória e, nesse sentido, tem a jurisprudência exercido o chamado “controle de legalidade”, para que o sacrifício do devedor seja proporcional ao dos credores, com uma solução justa e equitativa diante do caso concreto, fundada sobre a análise do abuso do direito, que deve se ater “a critérios de

¹⁰⁶⁴ Ver item 5.4.1.

¹⁰⁶⁵ Nesse sentido, já nos referimos em outra oportunidade sobre a subcapitalização e a confusão patrimonial (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**, cit., 1ª ed., 2016, pp.195-199).

proporcionalidade em sentido estrito, de enriquecimento sem causa, de princípios gerais do Direito, de boa-fé objetiva, de confiança, de cooperação, de lealdade etc”¹⁰⁶⁶.

Caso a proposta do devedor tenha sido recusada pelos credores, a decretação da falência é a medida prevista na LRE (§ 4º do art.56); mas, se tiver sido aceita pela maioria e for reconhecido o abuso da posição do devedor, por apresentar proposta irrisória e que poderia ter sido melhor, não parece ser a decretação da quebra a melhor solução, diante do princípio da preservação da empresa¹⁰⁶⁷. Nessa situação, caso não seja manifestamente inviável a empresa, têm os Tribunais fixado prazo razoável para a apresentação de proposta que melhor atenda aos interesses dos credores¹⁰⁶⁸.

8.3.4.1.2 Controle de legalidade sobre outras condições de atenuação das dívidas: período de carência, prazo de pagamento, juros e correção monetária

O decurso do tempo produz inevitáveis consequências para a vida das pessoas e para as relações por elas estabelecidas em todos seus aspectos e não poderia ser diferente para as relações negociais fora e dentro do processo, ainda mais se considerarmos o número de pessoas atingidas direta e indiretamente pela crise da empresa e em especial pelo processo de recuperação judicial.

Com vistas às consequências futuras da novação de dívidas, resultante da aprovação do plano proposto na recuperação, é de se indagar se deve incidir, e em qual medida, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre questões como o período de carência, prazo de pagamento, juros e correção monetária.

¹⁰⁶⁶ Cf. consta do AI. 0022403-02.2016.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, v.u. j. 120.07.2016, rejeitando a homologação de proposta de desconto equivalente a 80% e 90%, em determinada situação, do valor devido. Nesse mesmo sentido: AI. 2050371-80.2013.8.26.0000, Comarca de São Caetano do Sul, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 17.11.2014, rejeitando a homologação de proposta de desconto equivalente a 80% do valor devido a determinadas classes; AI. 2072040-24.2015.8.26.0000, Comarca de Diadema, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u. j. 11.08.2015, rejeitando a homologação de proposta de desconto equivalente a 70% do valor devido a determinadas classes.

¹⁰⁶⁷ A doutrina argentina tem reconhecido a existência do que chamam de “*tercera via*” como uma tendência judicial para conferir oportunidade para apresentação de nova proposta em algumas situações (Cf. RICHARD, Efraín Hugo, cit., pp.22-23).

¹⁰⁶⁸ Nesse sentido: AI. 0022403-02.2016.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, v.u. j. 120.07.2016; AI. 2050371-80.2013.8.26.0000, Comarca de São Caetano do Sul, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 17.11.2014; AI. 2072040-24.2015.8.26.0000, Comarca de Diadema, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u. j. 11.08.2015.

É preciso ter em mente, por um lado, além da disponibilidade dos direitos, que enfrentar a crise da empresa significa assumir sacrifícios por uma ou outra forma, pois se as obrigações pudessem ser cumpridas nos termos em que pactuadas, desnecessário seria o uso da via judicial; mas, por outro lado, é necessário ter em conta, também, como já apontou a jurisprudência, que a “conjugação de três fatores muito gravosos (longo tempo, elevado deságio e ausência de atualização monetária plena) provocam, na prática, não a novação, mas sim a remissão dos créditos, reduzidos a pó pela assembleia geral em detrimento de determinados credores”¹⁰⁶⁹.

Nesse contexto, necessário ponderar sobre quais os limites devem ser estabelecidos ao poder jurisdicional e à autonomia da vontade resultante do consenso formado entre o devedor e os credores em maioria, para se ter noção da medida de incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Veja-se que o plano de recuperação, como proposta dirigida aos credores, integra o pedido do processo de recuperação judicial e, apesar de não haver disciplina detalhada quanto ao seu conteúdo, há de ser completo, pois prevê o artigo 53 da LRE que ele deverá conter “discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo”.

Para o regime do Código de Processo Civil, certos pedidos em um processo consideram-se implícitos e, portanto, não precisam ser expressamente pleiteados, como seria o caso dos juros, da correção monetária, das prestações vincendas, devendo o juiz sobre eles se pronunciar na sentença¹⁰⁷⁰. O que parece ser evidente no processo contencioso, pode não ser tão claro em um processo que se apoia em grande medida sobre a consensualidade, ainda mais se pensarmos que os direitos sobre os quais versa a recuperação são disponíveis.

Já se disse em doutrina que “deixar de apreciar aspectos formais da proposta que se articula, inclusive redacionais, conduz a inevitáveis rejeições pelos credores, dúvidas

¹⁰⁶⁹ Cf. AI. 2092117-54.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 09.09.2015.

¹⁰⁷⁰ A correção monetária, as verbas de sucumbência, os honorários advocatícios e os juros legais compreendem-se no pedido principal, consoante dispõe o art. 322, §1º do CPC. Se os juros não forem convencionados ou devidos em virtude de lei, “serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” (art. 406 do CC).

durante a fase de execução, declarações de nulidade, homologação parcial e, evidentemente, impõe custos ao processo”¹⁰⁷¹.

Assim, a ausência de especificações detalhadas ou a existência de termos dúbios ou pouco precisos constantes do plano de recuperação devem ser logo esclerificados, até mesmo antes da votação ou, caso não tenham sido corrigidos, devem ser explicitados no momento da homologação da decisão da assembleia de credores. Evita-se, com essa medida, muitos problemas atinentes a discussões em sede de cumprimento do plano ou mesmo de execução individual do título judicial formado¹⁰⁷².

Para o início do cumprimento das obrigações, o chamado “período de carência”, há somente previsão na LRE de que as obrigações derivadas da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho deverão ser cumpridas em prazo não superior a um ano (art.54 da LRE), que, consoante aponta Manoel Justino Bezerra Filho, deve ser contado a partir do ajuizamento do pedido de recuperação, porque já vencidas nesse momento¹⁰⁷³.

Não obstante, divide-se a jurisprudência quanto ao prazo para o início das obrigações, havendo entendimento de que deve iniciar ainda durante o período de dois anos após a concessão da recuperação, previsto para a fiscalização do cumprimento das obrigações do devedor¹⁰⁷⁴, como também no sentido oposto, entendendo que não há ilegalidade na extensão do prazo para início do pagamento para além do período bienal¹⁰⁷⁵.

Pondere-se que não haveria sentido para a disposição que determina que o devedor permanecerá em recuperação judicial “até que se cumpram todas as obrigações

¹⁰⁷¹ Cf. NEGRÃO, Ricardo. “O papel do Judiciário na homologação do plano”, cit., in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**, p.110.

¹⁰⁷² Como enfatiza Ricardo Negrão, “não deve o magistrado homologar o plano, sem que sejam claramente estabelecidas as condições constantes do novo pacto contratual firmado com os credores comparecentes à assembleia geral de credores. Não familiarizados à técnica do processo, os credores podem não atentar para as cláusulas escritas submetidas à homologação, fiando-se exclusivamente nos debates orais. Os termos aprovados podem revelar-se, num exame mais atento, dúbios ou falhos quanto à precisão técnica, dificultando a futura execução do título judicial que se forma a partir da homologação” (“O papel do Judiciário na homologação do plano”, cit., in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**, cit., p.111).

¹⁰⁷³ Cf. BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**, cit., 10ª ed., 2014, p.173.

¹⁰⁷⁴ Nesse sentido: AI. 2214227-55.2015.8.26.0000, Comarca de Guarulhos, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Campos Mello, v.u. j. 17.02.2016; AI. 0119660-37.2013.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 06.02.2014.

¹⁰⁷⁵ Nesse sentido: Cf. AI. 0003578-44.2015.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 9ª Câmara Cível, rel. Des. José Roberto Portugal Compasso, v.u. j. 19.05.2015.

previstas no plano que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação judicial” (art.61), se o início de pagamento aos credores não devesse ocorrer nesse período. A interpretação teleológica da lei leva a essa conclusão.

Veja-se que o período de supervisão legal é determinado fundamentalmente para fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas no plano, como ainda para verificar a regularidade do funcionamento da empresa, o que certamente é um dos indicadores de sua viabilidade. Assim, se for fixado prazo superior a dois anos para o início do cumprimento das obrigações, poderá ser tido por inútil o aludido prazo de supervisão previsto no artigo 61 da LRE. Essa conclusão não implica negar o fato de que a empresa em crise precisa de tempo para reorganizar a atividade produtiva, “reforçar seu caixa e ganhar fôlego financeiro do qual necessita para quitar suas dívidas”¹⁰⁷⁶.

Da mesma forma em relação ao prazo para o cumprimento das obrigações assumidas com o plano proposto, também não há limites impostos pela lei, que, aliás, previu de forma não exaustiva diversos meios de recuperação judicial (art.50 da LRE), demonstrando que a liberdade das partes é fundamental para superação da crise econômico-financeira. Até mesmo longos prazos de 10¹⁰⁷⁷, 11¹⁰⁷⁸, 12¹⁰⁷⁹, 15 anos¹⁰⁸⁰ têm sido admitidos com razão pela jurisprudência, se presentes mecanismos que preservem o valor das obrigações assumidas.

No tocante aos juros, se nada prever o plano de recuperação, forçoso concluir sobre a incidência da disposição contida no artigo 406 do CC, porque não estipulados; mas, nada impede que os juros sejam limitados pelas partes, abaixo do patamar legal, ou mesmo

¹⁰⁷⁶ Cf. declaração de voto vencido do Des. Carlos Alberto Garbi no AI. 2214227-55.2015.8.26.0000, Comarca de Guarulhos, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Campos Mello, v.u. j. 17.02.2016.

¹⁰⁷⁷ Nesse sentido: AI. 2017556-93.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 03.04.2014.

¹⁰⁷⁸ Nesse sentido: AI. 2109760-25.2015.8.26.0000, Comarca de Rio Claro, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 24.02.2016.

¹⁰⁷⁹ Nesse sentido: AI. 0136662-20.2013.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Tasso Duarte de Mello, v.u. j. 14.04.2014.

¹⁰⁸⁰ Nesse sentido: AI.0333865-09.2015.8.21.7000, Comarca de Cachoeirinha, TJRGS, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, v.u. j. 09.06.2016.

até que se pactue a inexistência de juros, orientação que prevalece em nossos tribunais¹⁰⁸¹, apesar da existência de decisões em contrário¹⁰⁸².

Se pode o credor até mesmo concordar com descontos do valor originalmente devido, não há motivo para proibir a pactuação da inexistência de juros, o que certamente ocasiona algum prejuízo, que, entretanto, é previsível no contexto da recuperação judicial e mensurável “*a priori*”, diferentemente da correção monetária.

Se o consenso deve preponderar a respeito de questões relativas ao período de carência, ao prazo para o pagamento das dívidas e a previsão ou não de juros, como “mecanismos que podem ser livremente aprovados pelos credores”¹⁰⁸³, por outro lado, é absolutamente necessária a incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a respeito da correção monetária, pela sua função fundamental de preservar o valor monetário, conforme entendimento que acertadamente tem prevalecido em nossos tribunais¹⁰⁸⁴.

A imprevisibilidade da inflação, como fator que corrói o poder aquisitivo, motivou o legislador a edição da Lei n.6.899/1981, dispondo a incidência de correção monetária sobre qualquer débito resultante de decisão judicial (art 1º), em favor de solução

¹⁰⁸¹ Nesse sentido: AI. 2067215-90.2015.8.26.0000, Comarca de Guariba, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, por maioria, j. 06.04.2016; AI. 2076821-55.2016.8.26.0000, Comarca de Diadema, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Hamid Bdine, v.u. j. 09.11.2016; AI. 2201712-85.2015.8.26.0000, Comarca de Limeira, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 10.11.2015.

¹⁰⁸² Nesse sentido: AI. 0004996-90.2013.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, v.u. j. 1º.08.2013; AI. 2214227-55.2015.8.26.0000, Comarca de Guarulhos, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Campos Mello, v.u. j. 17.02.2016; AI. 2107746-68.2015.8.26.0000, Comarca de Barueri, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, v.u. j. 03.02.2016.

¹⁰⁸³ Nesse sentido: AI. 0003578-44.2015.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 9ª Câmara Cível, rel. Des. José Roberto Portugal Compasso, v.u. j. 19.05.2015; AI.0333865-09.2015.8.21.7000, Comarca de Cachoeirinha, TJRGS, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, v.u. j. 09.06.2016.

¹⁰⁸⁴ Nesse sentido: AI. 0007430-86.2012.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 18.12.2012; AI. 0004996-90.2013.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, v.u. j. 1º.08.2013; AI. 0150480-39.2013.8.26.0000, Comarca de Barueri, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 26.09.2013; AI. 2143532-13.2014.8.26.0000, Comarca de Taubaté, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Claudio Godoy, v.u. j. 29.04.2015; AI. 2201712-85.2015.8.26.0000, Comarca de Limeira, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 10.11.2015; AI. 2107746-68.2015.8.26.0000, Comarca de Barueri, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, v.u. j. 03.02.2016; AI. 2016148-33.2015.8.26.0000, Comarca de Osaco, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, v.u. j. 29.06.2015.

que proíbe o enriquecimento sem causa, sem que isso represente acréscimo ou aumento do real valor devido.

A noção de privação patrimonial análoga a que deriva do efeito confiscatório em matéria tributária, no seu sentido institucional mais estrito, evidencia semelhanças notáveis com a situação dos credores que não prestarem seu consentimento às medidas propostas no plano de recuperação. Veja-se que a privação do credor, que deriva de disposição legal expressa como resultado da sobreposição de interesse individual por um interesse econômico geral, não pode ter caráter confiscatório. Por outras palavras, o limite de privação deve resultar de tratamento justo e razoável pelo sistema jurídico, para não configurar em concreto uma solução confiscatória¹⁰⁸⁵.

Embora já se tenha decidido que novo plano deve ser apresentado para, dentre outras providências, constar previsão de índice de correção monetária¹⁰⁸⁶, nos parece que melhor solução no caso de ausência ou de previsão em sentido contrário, é a determinação, pelo próprio Judiciário, de que todos os créditos devem ser corrigidos monetariamente, desde a data da propositura da recuperação judicial até o efetivo pagamento, diante da celeridade processual exigida tanto pela gravidade das consequências da crise da empresa, como pela complexidade de um processo que envolve inúmeras partes. Esse entendimento tem prevalecido na jurisprudência, ainda que o índice esteja na esfera de disponibilidade das partes envolvidas, desde que tenha aptidão para recompor as possíveis perdas inflacionárias¹⁰⁸⁷.

8.3.4.1.3 Controle de legalidade sobre cláusulas potestativas

Nos termos que dispõe o artigo 48 da Lei n.11.101/05, a recuperação judicial poderá ser requerida pelo devedor, atendidos alguns requisitos previstos no mesmo dispositivo, excluindo-se, dessa maneira, outros sujeitos processuais, como os credores, o

¹⁰⁸⁵ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, pp.62-64.

¹⁰⁸⁶ Nesse sentido: AI. 0007430-86.2012.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 18.12.2012; AI. 2016148-33.2015.8.26.0000, Comarca de Osaco, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, v.u. j. 29.06.2015.

¹⁰⁸⁷ Nesse sentido: AI. 0150480-39.2013.8.26.0000, Comarca de Barueri, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 26.09.2013; AI. 2143532-13.2014.8.26.0000, Comarca de Taubaté, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Claudio Godoy, v.u. j. 29.04.2015; AI. 2201712-85.2015.8.26.0000, Comarca de Limeira, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 10.11.2015; AI. 2107746-68.2015.8.26.0000, Comarca de Barueri, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, v.u. j. 03.02.2016.

Ministério Público ou outros interessados, no que se iguala a alguns sistemas¹⁰⁸⁸ e difere de outros, que preveem legitimidade ativa mais ampla¹⁰⁸⁹.

Tomando em conta a estreita legitimidade ativa do nosso sistema, bem se vê que, apesar de ser comum o entendimento de que está confiado aos credores os destinos da empresa em crise, o poder de iniciativa e a possibilidade de propor as medidas do plano ou de vetar as modificações propostas pelos credores, conferem importantes poderes ao devedor.

Os poderes das partes, seja no processo ou numa relação negocial, não podem ser, todavia, conferidos sem limites e muitos são os exemplos em uma seara e noutra, da reação do Direito ao desequilíbrio das relações intersubjetivas; veja-se, a propósito, a proteção constitucional de direitos fundamentais, como o direito de ação e o da ampla defesa, do contraditório, da isonomia no processo e fora dele. Também em relação ao negócio jurídico processual consistente no acordo entre o devedor e seus credores na recuperação judicial deve ser permeado pelo equilíbrio das relações entre os envolvidos.

Apesar da disponibilidade dos direitos em questão e também da necessidade de condições mais favoráveis ao devedor, para que possa ser superada a crise da empresa, parece indispensável a limitação dos poderes das partes, especialmente, para que não determine com exclusividade os termos em que deverão ser cumpridas as obrigações assumidas. Indispensável, portanto, a inafastabilidade do controle jurisdicional sobre cláusulas potestativas, para coibir o abuso do direito.

¹⁰⁸⁸ Também no Direito italiano somente o devedor tem legitimidade para pleitear o *concordato* (Cf. SCARANTINO, Silvia. “La domanda: un caso pratico di concordato preventivo”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni n°43, 2012, p.95). No Direito espanhol, o convênio antecipado deve ser solicitado exclusivamente pelo devedor com base na consideração “de que es el deudor y no sus acreedores quien mejor conoce su situación económica y, por tanto, puede solicitar tempranamente un procedimiento concursal para evitar un mayor deterioro de la situación económica”. Caso o devedor não tenha pleiteado o *convenio* de forma antecipada, nem sua própria liquidação, o juiz determinará o fim da fase comum do procedimento, abrindo a fase do *convenio*, na qual tanto credores como devedor poderão apresentar proposta (PULGAR EZQUERRA, Juana. “La reforma del derecho concursal español: el nuevo concurso de acreedores”, cit., in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**, 1ª ed., 2005, pp.575).

¹⁰⁸⁹ Como o sistema português, que confere legitimidade também ao *Parquet*, credores e devedor (artigos 18 a 20 do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas de Portugal) ou o Direito alemão, que a outorga ao curador, encarregado de apresentar o *Insolvenzplan* pela assembleia de credores, além do próprio devedor (§§ 157 e 218 da *Insolvenzordnung*, de 05 de outubro de 1994). Organismos internacionais, como o Banco Mundial ou a *United Nations Commission on International Trade Law/UNCITRAL*, recomendam que os sistemas de reestruturações dos diversos países facultem a iniciativa do pedido a credores e devedores (Disponível em http://www.worldbank.org/ifa/rosc_icr.html)

Entende a doutrina por cláusula potestativa aquela que atribui a somente uma das partes o poder de determinar os termos em que uma obrigação será cumprida¹⁰⁹⁰ e, para impedir esse desequilíbrio, considera a lei dentre as condições defesas, aquelas “que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes” (CC, art. 122).

Nesse sentido, a jurisprudência tem recusado validade a cláusulas, mesmo aprovadas pelas maiorias previstas em lei, que subordinem os pagamentos a eventos futuros e incertos, que podem depender da vontade de uma das partes, como o incremento de faturamento líquido, “que depende de fatores que dizem respeito à própria administração da empresa e sobre os quais os credores não exercem influência alguma”¹⁰⁹¹, ou mesmo que subordinem a contagem do prazo para pagamento ao trânsito em julgado da decisão homologatória, que certamente pode depender da interposição de recursos, inclusive daquele a quem interessa seja postergado o cumprimento das obrigações, causando insegurança aos credores¹⁰⁹².

Vê-se, nessas hipóteses, que uma parcela de mérito, ainda que reduzida, não se encontra somente ao arbítrio das partes e tal se dá para que o processo de recuperação não deixe de ser instrumento público, com finalidades públicas e privadas, e possa proporcionar solução efetiva, o que poderia não ocorrer, se as condições de tempo e modo de cumprimento das obrigações ficassem ao exclusivo arbítrio de uma das partes.

Se forem aprovadas cláusulas potestativas, ou seja, dependendo única e exclusivamente da vontade do devedor, cabe ao magistrado, portanto, contrariar a vontade predominante e não homologar o plano de recuperação. Entendemos deva ser evitada a designação de nova assembleia, quando for possível corrigir a eventual nulidade, de ofício

¹⁰⁹⁰ Como esclarece a doutrina, “una obligación potestativa (condicionada a la sola voluntad del deudor) es aquella que puede cumplirse o no, respecto de la cual no hay acción civil para instar su cumplimiento, ni posibilidad de demandar daños y perjuicios si no se cumpliera. En verdad podría asimilársela a una obligación genéticamente natural (esto es, que su dudosa calidad de auténtica ‘obligación’ sólo aparece sustentada por la circunstancia de que una vez cumplida no sería repetible)” (TRUFFAT, E. Daniel. “Las obligaciones negociables concordatarias em su laberinto”, in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal**: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005, pp.685-702).

¹⁰⁹¹ Nesse sentido: AI. 0119660-37.2013.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 06.02.2014.

¹⁰⁹² Nesse sentido: AI. 2022593-33.2016.8.26.0000, Comarca de Campinas, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 22.06.2016; AI. 2034773-81.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 29.04.2016.

ou a requerimento da parte, eis que se trata apenas de invalidade parcial do negócio, permanecendo íntegras as demais disposições do acordo¹⁰⁹³. Lembremos do princípio da conservação dos negócios jurídicos, albergado na disposição contida no art. 184 do CC, e da necessidade sempre presente de celeridade processual e da economia de tempo e de recursos públicos e privados.

8.3.4.1.4 Controle de legalidade sobre cláusulas que violem disposição de lei

Assim como para os negócios jurídicos em geral não pode haver contrariedade às normas cogentes, também as estipulações constantes do plano de recuperação judicial não podem violar disposição legal expressa¹⁰⁹⁴, lesando legítimos direitos de alguns credores ou mesmo de terceiros e, ainda que sejam aceitas pela maioria necessária à aprovação do plano, não pode deixar de incidir sobre o caso concreto o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Nesse contexto, não são raros os casos que chegam aos tribunais, para o chamado “controle de legalidade” de cláusulas constantes dos planos de recuperação sobre as quais pesa a imputação de contrariedade à lei. Dentre essas questões, em casuística de grande variedade, as mais comuns dizem respeito à manutenção das garantias prestadas por terceiros e ao prosseguimento das ações ajuizadas em face de devedores solidários e coobrigados.

A questão é clara, pois, apesar de dispor o artigo 59 da LRE que a recuperação judicial implica na novação de todos os créditos anteriores ao pedido, o mesmo dispositivo e os §§ 1º e 2º do artigo 49 dispõem que os credores conservam seus privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, observando-se, inclusive, as condições originariamente contratadas ou definidas em lei. Assim, não resta dúvida de que a novação prevista no sistema da LRE é diversa daquela prevista no Código Civil (art.364), porque preserva as garantias e também porque se sujeita à condição resolutiva, já que, caso não haja o cumprimento das obrigações novadas, os credores terão reconstituídos seus direitos nas

¹⁰⁹³ Nesse sentido: AI. 2022593-33.2016.8.26.0000, Comarca de Campinas, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 22.06.2016; AI. 2034773-81.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 29.04.2016.

¹⁰⁹⁴ Nos termos do art. 122 do CC: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

condições originariamente contratadas (art.61, § 2º da LRE). Nesse sentido, é a posição unânime da jurisprudência¹⁰⁹⁵, que de, inclusive, origem à Súmula n.61 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁰⁹⁶.

Se devem permanecer íntegras as garantias e as obrigações dos coobrigados, perde o propósito a cláusula que impede o prosseguimento ou o ajuizamento de ações pelos credores em face de terceiros, devedores solidários à recuperanda ou seus coobrigados em geral¹⁰⁹⁷, bem como representaria ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional para os credores que não aceitaram a proposta nesse aspecto.

Outras estipulações podem violar, além de disposição expressa em lei, também direitos fundamentais previstos em sede constitucional, mais especificamente, o direito de ação, pelo que tem a jurisprudência reiteradamente recusado validade a cláusulas que atentam contra o princípio da inafastabilidade, ao prever, em caso de mora do devedor em relação ao cumprimento das obrigações assumidas no plano, a necessidade de instauração de nova assembleia geral¹⁰⁹⁸ ou impossibilitam os credores de discutir em juízo qualquer pretensão contra a devedora¹⁰⁹⁹.

Também os meios propostos pelo devedor para enfrentar a crise podem afrontar disposição de lei, como é o caso, v.g., de cláusula que preveja a possibilidade de compensação de débitos, o que, em última análise, privilegiaria um credor em detrimento dos demais, que esperariam o prazo estipulado para verem adimplidos os seus créditos¹¹⁰⁰,

¹⁰⁹⁵ Nesse sentido: STJ, REsp 1.333.349 – SP, 2ª S, v.u., j. 26.11.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão; AI. 0158475-88.2016.8.21.7000, Comarca de Caxias do Sul, TJRS, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Ney Wiedmann Neto, v.u. j. 29.09.2016; AI. 0036314-91.2013.8.26.0000, Comarca de Santa Branca, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, v.u. j. 19.08.2013; AI. 2080236-46.2016.8.26.0000, Comarca de Guarulhos, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 19.08.2013; AI. 213837321.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, v.u., j. 20.10.2016.

¹⁰⁹⁶ Nos termos da Súmula 61 do TJSP: Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular.

¹⁰⁹⁷ Nesse sentido: STJ, REsp 1.333.349 – SP, 2ª S, v.u., j. 26.11.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão; AI. 2195360-48.2014.8.26.0000, Comarca de Pontal, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Claudio Godoy, v.u., j. 24.06.2015.

¹⁰⁹⁸ Nesse sentido: AI. 1.0024.12.101960-8/002, Comarca de Belo Horizonte, TJMG, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Jair Varão, v.u. j. 12.11.2015; AI. 0036314-91.2013.8.26.0000, Comarca de Santa Branca, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, v.u. j. 19.08.2013;

¹⁰⁹⁹ Nesse sentido: AI. 20141409-63.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, por maioria, j. 31.10.2016, com a declaração de voto do Des. Fabio Tabosa, que consigna que padece de inconstitucionalidade a cláusula prevendo “a impossibilidade por parte dos credores, a partir da aprovação do plano recuperacional, de ajuizar ou prosseguir em toda e qualquer ação contra empresas do Grupo OAS, qualquer que sejam a pretensão ou a causa de pedir, por motivos conhecidos ou desconhecidos...”.

¹¹⁰⁰ Nesse sentido: AI. 2260720-90.2015.8.26.0000, Comarca de Ibitinga, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u., j. 11.05.2016.

ou a da impossibilidade de impor a determinado credor a conversão de suas debêntures em ações, uma vez que, como observa Sérgio Shimura, “o credor não pode ser transformado em acionista, contra sua vontade”, solução que implicaria em ofensa ao direito de livre associação, previsto em sede constitucional (art. 5º, XX da CF)¹¹⁰¹.

A declaração de invalidade de determinadas cláusulas, portanto, parece ser fundamental para que o processo destinado ao reerguimento do devedor não comprometa a posição jurídica dos credores, impondo-lhes mais sacrifícios do que aqueles previstos pelo ordenamento. Contudo, a nulidade de determinadas cláusulas não deve levar ao reconhecimento da invalidade de todo o plano, caso seja possível cindir suas disposições das demais constantes do acordo, reconhecendo-se tão somente a sua nulidade parcial¹¹⁰².

8.3.4.1.5 O controle judicial e o princípio da isonomia na recuperação judicial

Como o concurso de credores, seja ele formado no processo destinado ao reerguimento do devedor ou à liquidação da sociedade, pressupõe a crise do devedor, diante da impossibilidade de que consiga fazer frente a todas as suas obrigações, o processo acaba por se constituir meio de distribuição das perdas entre os credores. Nesse contexto, ganha destaque o tratamento igualitário, que, nos regimes concursais, é conhecido como *par conditio creditorum*.

Mais especificamente no concurso preventivo, essa igualdade não é tomada aritmeticamente em função do montante de cada crédito, mas tendo em conta um conjunto de elementos que devem ser vistos sob aspecto mais amplo, de forma a acomodar interesses

¹¹⁰¹ Cf. SHIMURA, Sérgio Seiji. “Homologação de plano de recuperação de empresa. Conversão de créditos em ações da empresa recuperanda. Impossibilidade de alteração do plano. Conceito de pagamento” in **Revista de Processo** 152. Out. 2007, p.335. Nesse sentido, também: AI n.493.240-4/1-00, TJSP, Câmara Reservada a Falência e Recuperação de Empresas, rel. Boris Kauffman, j.01.08.2007.

¹¹⁰² Nesse sentido: AI. 1.0024.12.101960-8/002, Comarca de Belo Horizonte, TJMG, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Jair Varão, v.u. j. 12.11.201; AI. 0036314-91.2013.8.26.0000, Comarca de Santa Branca, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, v.u. j. 19.08.2013; AI. 2080236-46.2016.8.26.0000, Comarca de Guarulhos, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 19.08.2013; AI. 2260720-90.2015.8.26.0000, Comarca de Ibitinga, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u., j. 11.05.2016; AI. 20141409-63.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, por maioria, j. 31.10.2016; AI. 213837321.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, v.u., j. 20.10.2016.

diversos conforme outros critérios que razoavelmente permitam chegar à homogeneidade, possibilitando o tratamento proporcional¹¹⁰³.

Veja-se que o enunciado contitucional da igualdade dirigido pelo legislador não exige que todos sejam tratados da mesma forma ou que todos devam ser iguais sob todos os aspectos, mas é o ponto de partida para a fórmula clássica que enuncia que o igual deva ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente¹¹⁰⁴. Assim também em relação à recuperação judicial, que segue tendência que se verifica em outros países¹¹⁰⁵.

No processo, as desigualdades devem ser enfrentadas com a intervenção do Estado que “se fará sentir para atuar ou eliminar disfunções que a sociedade não consegue resolver sozinha”¹¹⁰⁶. Nesse objetivo, destaca-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional na precípua função de resolver questões, propiciando a igualdade e o tratamento diferenciado quando necessário, para superar distorções muitas vezes históricas.

Trata-se, assim, de questão fundamental, que diz respeito ao princípio constitucional da isonomia, visto nos termos da *par conditio creditorum* e da igualdade das partes no processo de recuperação judicial, cabendo aqui revê-lo sob o prisma da consensualidade e, em certa medida, da jurisdição.

Para os processos em geral, somente diante do caso concreto “o juiz poderá avaliar em que medida poderá haver igualdade entre as partes, competindo-lhe, inclusive a título de dever, velar por essa igualdade”¹¹⁰⁷. Mas, especificamente para o processo de recuperação judicial, a questão da isonomia ganha importância direta no aspecto substancial, sob a ótica da solução aprovada pela assembleia de credores, devendo ser apreciada pelo magistrado no momento da homologação de suas deliberações, caso tenha havido oposição

¹¹⁰³ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, pp.39 e 185.

¹¹⁰⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., 2ª ed., 2011, tradução de Virgílio Afonso da Silva, pp.397 e 407.

¹¹⁰⁵ Como enfatiza Pierre Ranquet para o Direito belga, “la discrimination est permise pour autant qu’elle s’articule sur une égalité de traitement des créances objectivement comparables” (“RANQUET, Pierre. “Un an d’application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. L’information, l’accord amiable et la reorganisation par accord, amiable ou collectif, des créanciers” in THIRION, Nicolas, coord., **Reorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire**. Actualisés et pratique”, v. 120. Liège: Athemis. 2010, p.121).

¹¹⁰⁶ Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**, cit., 1ª ed., 2002, p.130.

¹¹⁰⁷ Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**, cit., 1ª ed., p.141.

por parte de credores que se sentiram prejudicados, ou mesmo de ofício, na hipótese de aprovação do plano pelo quórum especial previsto no art.58, §2º, da LRE.

Lembremos da disponibilidade de direitos tratados na recuperação judicial e que, portanto, eventual desigualdade entre os credores pode eventualmente ser por eles consentida, o que faz condicionar a atividade judicial ao requerimento da parte que se insurgir quanto aos aspectos relacionados ao tratamento desigual dos credores.

E a realidade tem demonstrado a ocorrência de inúmeros casos em que não há justificativa para o tratamento diferenciado, que é movido apenas pela irredutibilidade de determinados credores à aceitação da proposta, levando à declaração de nulidade do plano diante da insurgência dos prejudicados¹¹⁰⁸.

Contudo, se houver justo motivo para o tratamento desigual, não se justifica a exigência de tratamento igualitário. Assim, já se decidiu que se opera “a igualdade substancial na previsão que beneficia pequenos credores”, para os quais a recuperação do devedor tem impacto mais relevante¹¹⁰⁹; que não viola o princípio da igualdade o tratamento privilegiado dos chamados “credores colaboradores”, “fomentadores” ou “essenciais”¹¹¹⁰ que continuarão a fornecer crédito, matérias primas ou serviços ao devedor, favorecendo decisivamente a preservação da empresa e participando ativamente de sua reestruturação¹¹¹¹. Também não há que se falar em ofensa à isonomia entre credores de recuperandas diversas,

¹¹⁰⁸ Nesse sentido: STJ, REsp 1.388.051 – GO, 3ª T, v.u., j. 10.09.2013, rel. Min. Nancy Andrighi; AI n.1.0390.11.004809-2/006, Comarca de Machado, TJMG, 8ª Câmara Cível, rel. Rogério Coutinho, v.u., j.11.03.2015; AI. 0296240-87.2011.8.26.0000, Comarca de Araçatuba, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 18.12.2012; AI. 0007430-86.2012.8.26.0000, Comarca de Campinas, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 18.12.2012.

¹¹⁰⁹ Nesse sentido: AI n.0003578-442015.8.19.000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 9ª Câmara Cível, rel. Rogério Coutinho, v.u., j.11.03.2015; AI. 0119370-56.2012.8.26.0000, Comarca de São Bernardo do Campo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. José Reynaldo, v.u. j. 18.12.2012. Como ponderado pelo relator, no último acórdão citado, “não se pode olvidar que, por vezes, os menores credores são aqueles titulares de negócios menos robustos, que envolvem menor circulação de riquezas e, portanto, sofrem maior desfalque em suas atividades com a inadimplência confessada da recuperanda” (p.8).

¹¹¹⁰ Nesse sentido: AI. 0048861-03.2012, Comarca de Guarulhos, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, v.u. j. 07.08.2012; AI. 217847-50.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 10.09.2015; AI. 2112611-03.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Cesar Ciampolini, v.u. j. 21.09.2016

¹¹¹¹ Como observa a doutrina, o tratamento mais benéfico aos menores credores se justifica porque são eles que os que “mais sofrem os reveses do inadimplemento do devedor”, e geralmente são “fornecedores, de modo que a manutenção de tais vínculos contratuais será possivelmente relevante para a superação da crise da devedora” (PUGLIESI, Adriana Valéria. “Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas”, cit., in Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), **Falência, insolvência e recuperação de empresas**, p.22).

apesar de pertencerem ao mesmo grupo e se submeterem a processo único¹¹¹², porque distintos são os patrimônios que suportarão o cumprimento das obrigações.

Em suma, o acordo entre o devedor e seus credores deve respeitar os pressupostos básicos de fundamentação e razoabilidade, respondendo a critérios de lógica e racionalidade, sem excessos de subjetividade¹¹¹³, deixando claros os motivos e os fundamentos que justificam o tratamento privilegiado, não bastando previsões genéricas e subjetivas constantes do plano proposto¹¹¹⁴.

Para fins de superação do veto de uma das classes que votaram a respeito do plano de recuperação, proíbe-se que credores de uma mesma classe sejam tratados de maneira diferenciada (art.58, §2º da Lei n.11.101/05); não há, contudo, no sistema adotado pela Lei n.11.101/05, proibição expressa ao tratamento discriminatório entre credores da mesma classe, caso tenha sido o plano aprovado pelas maiorias de todas as classes.

Pondere-se, entretanto, que a separação dos credores em classes objetiva colocar na mesma posição credores que tenham interesses homogêneos e que, portanto, devem, ao menos em tese, receber tratamento isonômico, a não ser que tenham consentido quanto às formas e prazos de pagamento diferenciados que não lhe beneficiem. Diverge a doutrina, contudo, quanto à interpretação da lei no tocante à tolerância ao tratamento diverso conferido aos credores de uma mesma classe; diferenciação que poderia, em tese, favorecer a formação do consenso, desde que o desequilíbrio não seja “grave e excessivo”¹¹¹⁵.

¹¹¹² Nesse sentido: AI n.0056194-93.2015.8.19.0000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 9ª Câmara Cível, rel. Carlos Azeredo de Araújo, v.u., j.26.07.2016.

¹¹¹³ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.40.

¹¹¹⁴ Nesse sentido: AI. 2172986-38.2014.8.26.0000, Comarca de vinhedo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 16.03.2015.

¹¹¹⁵ Cf. CERZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações**, cit., 1ª ed., p.367.

Em outros sistemas, encontram-se previsões que vedam o tratamento diferenciado e não consentido entre credores de uma mesma classe, como nos Direitos alemão¹¹¹⁶, português¹¹¹⁷, italiano¹¹¹⁸ e norte-americano¹¹¹⁹.

É preciso ressaltar que, apesar de não poder haver discriminação entre credores de uma mesma classe no Direito norte-americano, consoante enfatiza a doutrina, a “*unfair discrimination* e a *fair and equitable* não são regras absolutas”, ou seja, de “ordem pública: a autonomia da vontade prevalece e o plano pode, respeitadas algumas garantias mínimas, distribuir os bens do devedor de qualquer forma, ainda que discriminatória e injusta, desde que todas as classes de credores concordem com isso”; mas, caso seja necessária a superação do veto de alguma classe por meio do mecanismo conhecido por *cram down*, o plano proposto não deve conter discriminação injusta (*unfair discrimination*) e ser justo e equitativo (*fair and equitable*) em relação aos credores dissidentes¹¹²⁰.

Na lei brasileira, o artigo 58 da LRE, conforme Eduardo Sechi Munhoz, não dispõe sobre relações verticais entre os credores quando se trata de superação do veto de uma classe, “o que pode levar a resultados injustos e inusitados”. Cita o autor exemplo em que foram observados os requisitos do artigo 58, mas que preveja pagamento integral à classe dos credores quirografários e que não confira o mesmo tratamento à classe dos credores

¹¹¹⁶ No Direito alemão, os credores de uma mesma categoria não devem receber tratamento diferenciado sem seu consentimento (§226, *InsO*), mas há a possibilidade da formação de outras categorias de credores, além das previstas na lei (Cf. SCHMDT, Karsten. “Grupos de acreedores, consentimento obrigatorio, prohibición de obstrucción. Reflexiones comparativas sobre el ‘acuerdo preventivo’ y el ‘plan de insolvencia’”, cit., in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª ed., 2005, p.631).

¹¹¹⁷ Cf. art. 194 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).

¹¹¹⁸ Conforme se pode extrair a *contrario sensu* do disposto no art.160, 1, “d”, do *Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n.5* (Cf. DANОВI, Alessandro. “Il concordato preventivo dopo le modifiche del ‘Decreto Sviluppo’”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni n°43, 2012, p.10).

¹¹¹⁹ Cf. *Chapter 11*, §1.123 (a) (4) do *Bankruptcy Code*. Embora a lei norte-americana determine que cada classe deva ser composta de credores em situações semelhantes, não veda a possibilidade de que credores semelhantes sejam alocados em classes diversas; contudo, como aponta a doutrina, os tribunais tendem a desaprovar essa prática (Cf. KORDANA, Kevin A., POSNER, Eric A. “A Positive Theory of Chapter 11”, cit., in **New York University Law Review** 74 (1999), p.208.).

¹¹²⁰ Cf. BATISTA, Carolina Soares João, CAMPANA FILHO Paulo Fernando, Miyazaki, Renata Yumi e CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Contribuições Interpretativas “*Best Interest of Creditors*” ou “*Unfair Discrimination*”, cit., in **RDM** 143, p. 209. Consoante apontam os autores, o plano de *reorganization* deve ser aprovado por todas as classes de credores; se não houver a aprovação, mas, caso haja a concordância de ao menos uma classe, é possível ser aplicado o instituto do *cram down*, que supre o veto das classes dissidentes, cumprindo-se também outros requisitos, dentre eles, a inexistência de discriminação injusta (*unfair discrimination*) para os dissidentes, protegendo as relações horizontais entre credores, e que o plano seja, em relação a eles, justo e equitativo (*fair and equitable*), zelando pela relação vertical entre os credores ao impedir que a hierarquia entre as classes seja desrespeitada (Chapter 11, §1.129 (b) (1) do *Bankruptcy Code*) (obra citada, pp.206-209).

trabalhistas e aos credores com garantia real, “que receberiam apenas uma parcela de seus créditos, a despeito dessas classes virem em primeiro lugar em relação à primeira na ordem de classificação”¹¹²¹.

Na falência, o legislador classificou os credores em relação à posição de seus créditos para ordem de recebimento em trabalhistas, privilegiados gerais e especiais, quirografários e subordinados, reconhecendo que há desigualdade entre eles e que, portanto, devem ser tratados desigualmente, já que podem ser contemplados com percentuais diferentes do resultado da realização do patrimônio do devedor, caso seja insuficiente o patrimônio realizado.

Apesar de não prever a LRE a proteção das relações verticais entre credores na recuperação judicial, como o fez na falência, não há motivos para que se desconsiderem as diferenças no cenário de reorganização da empresa e, nesse contexto, não somente a igualdade entre credores na mesma condição deve ser observada (relações horizontais), mas também a proteção das relações verticais, ou seja, não podem ser beneficiados credores que estão à base da ordem estabelecida na falência em detrimento daqueles que a lei coloca em posição superior, seja em relação ao percentual do crédito a receber, seja em relação à prioridade do cumprimento das obrigações.

Como pondera Ricardo Negrão, contraria o princípio da igualdade as disposições do plano que favorecem uma categoria de credores, impondo grande perda a outra quanto ao valor de seu crédito, pelo chamado “desvio horizontal”; como também será desequilibrado o tratamento “se as condições verticais (entre classes distintas) revelarem, sem justificativa ponderável, a verdadeira intenção de o autor impor condições aviltantes para os credores de determinada classe ou subclasse”¹¹²².

Veja-se, contudo, que a análise da isonomia deve ser vista de forma ampla, sob o resultado do tratamento proposto para o credor, ou a uma categoria, em comparação aos demais, em relação a todas as suas condições, de forma a constatar se o resultado final garante ou não o privilégio que a lei lhe dispensaria em caso de falência do devedor. Nesse

¹¹²¹ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.288.

¹¹²² Cf. NEGRÃO, Ricardo. “O papel do Judiciário na homologação do plano”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**, cit., p.115.

contexto, é possível que, sob algum aspecto específico, a proposta beneficie uma classe inferior, mas, se consideradas todas as condições do plano, o tratamento mais benéfico da classe que deveria ser mais privilegiada torne-se evidente, resguardando o tratamento diferente para os desiguais, na medida de suas desigualdades¹¹²³.

Esse entendimento se justifica como corolário básico do princípio constitucional da isonomia, no sentido de que, se houver razão suficiente para reconhecer diferenças, o tratamento desigual deve ser obrigatório¹¹²⁴, a menos que, em vista da disponibilidade dos direitos em questão, não se insurjam os prejudicados.

Se o problema do plano estiver restrito à questão da isonomia, não se justifica a quebra do devedor, a solução é reconhecer-se a nulidade do plano, para que outro seja apresentado em tempo razoável, para se submeter a nova assembleia de credores¹¹²⁵.

8.3.4.1.5.1 Divisão das classes em subclasses

Havendo necessidade de realização da assembleia para deliberação sobre o plano¹¹²⁶, prevê a Lei de Recuperação de Empresas¹¹²⁷ a divisão dos credores em quatro classes: a primeira composta por titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; a segunda, por titulares de créditos com garantia real; a terceira, por titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio

¹¹²³ Nesse sentido, já se decidiu que não há ofensa ao princípio da isonomia em desfavor dos credores trabalhistas, apesar de sofrerem deságio maior do que os credores quirografários, se as demais condições do plano apresentado lhe são compensadoras, como o fato de não terem que se sujeitar ao prazo de carência e receberam seus créditos à vista, o que é essencial para a sobrevivência digna do trabalhador (TJSP – AI n.2141890-05.2014.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Carlos Alberto Garbi, j.21.10.2015).

¹¹²⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., 2ª ed., 2011, tradução de Virgílio Afonso da Silva, p.410.

¹¹²⁵ Nesse sentido: AI n.1.0390.11.004809-2/006, Comarca de Machado, TJMG, 8ª Câmara Cível, rel. Rogério Coutinho, j.11.03.2015; AI. 0296240-87.2011.8.26.0000, Comarca de Araçatuba, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 18.12.2012; AI. 0007430-86.2012.8.26.0000, Comarca de Campinas, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 18.12.2012.

¹¹²⁶ A aprovação do plano de recuperação judicial pode se dar por falta de objeção dos credores à proposta do devedor ou, havendo objeção, na assembleia geral de credores, que também pode eventualmente alterá-lo com a concordância do devedor, desde que não represente diminuição dos direitos exclusivamente dos ausentes (Cf. §3º do art.56 da LRE).

¹¹²⁷ Cf. artigo 41, incisos I a IV da Lei n.11.101/05, que foi alterado pela Lei Complementar n.147/14, para a inclusão da quarta classe referida.

geral ou subordinados e, por fim, a quarta, por titulares de créditos titularizados por microempresas ou empresas de pequeno porte¹¹²⁸.

Como aponta a doutrina, a divisão dos credores nas classes previstas na lei e a exigência de aprovação em todas elas “equiparou o peso desses grupos na aprovação do plano” e, com a regra de superação do veto (art.42 da LRE), tentou-se impossibilitar que uma classe ou credor com grande crédito controlasse a deliberação, contra a vontade dos demais¹¹²⁹. Não obstante, ainda é possível a um credor obter o poder de veto, se for titular de crédito correspondente ao valor de dois terços dos créditos da classe II ou III (credores com garantia real ou quirografários), pois, nessa hipótese, tanto pode impedir a aprovação pelo quórum normal, previsto no artigo 45 da LRE, como pelo quórum alternativo, o chamado *cram down* (artigo 58, § 1º, III).

O sistema rígido previsto pela lei quanto ao número e espécies de classes acaba por congrega em uma mesma classe credores em condições essencialmente diversas em relação à eventual posição de seus créditos em caso de decretação de falência, já que a terceira classe agrega credores privilegiados gerais e especiais, quirografários e subordinados, que seriam possivelmente aquinhoados com percentuais diferentes do resultado da realização do patrimônio do devedor, em caso de rateio, e que, portanto, na recuperação, podem ser tratados de maneira diversa, para atender a essa situação peculiar sob a perspectiva da falência, apesar de estarem alocados em uma única classe¹¹³⁰.

Também o interesse na manutenção das relações com o devedor diferencia os credores que podem receber a mesma classificação, como é o caso de credores trabalhistas que não mais constam do quadro de funcionários e aqueles que ainda permanecem trabalhando na empresa; e aqueles credores que são parceiros habituais do devedor, como

¹¹²⁸ A aprovação do plano é obtida por maioria simples dos credores presentes na primeira e quarta classes e por cabeça e pelo valor dos créditos na segunda e terceira classes, não se computando o voto dos credores ausentes (art.45, §§1º a 3º da LRE).

¹¹²⁹ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.287.

¹¹³⁰ Cf. BATISTA, Carolina Soares João, CAMPANA FILHO Paulo Fernando, Miyazaki, Renata Yumi e CERZETTI, Sheila Christina Neder. “Contribuições Interpretativas “*Best Interest of Creditors*” ou “*Unfair Discrimination*”, cit., in **RDM 143**, p. 218. Consoante apontam os autores, “o ideal seria que o artigo 41 refletisse a classificação constante do artigo 83, com a existência de seis classes de credores na formação da assembleia geral, em vez de apenas três (p.219), hoje, quatro classes.

fornecedores, e os credores involuntários, como seriam os titulares de créditos decorrentes de responsabilidade civil.

Assim, é facilmente constatável a heterogeneidade de interesses que podem ser congregados em uma mesma classe e o sistema rígido de classificação dos créditos e de separação das classes previsto na LRE, que pode levar a situações iníquas e dificultar a aprovação de um plano de recuperação justo ou mesmo favorecer manobras destinadas ao consenso a respeito de solução que não atenda às peculiaridades dos diferentes credores. Dessa maneira, a maioria em cada uma das classes pode não representar os interesses da minoria, além do que a regra da maioria deve ser aplicada, como observa Sheila Christina Neder Cerezetti, “em ambientes marcados por interesses comuns, evitando-se decisões cuja aprovação esteja imbuída de meros propósitos egoísticos”¹¹³¹.

Considerando a previsão legal para a separação dos credores em classes, constata-se, então, que a ausência de regras flexíveis para o agrupamento dos variados interesses na composição dessas classes dificulta a formação do consenso e a obtenção da porcentagem mínima de votos para a aprovação do plano de recuperação. Assim, é de se indagar sobre a viabilidade de subdivisão das classes previstas pela lei, de forma a obter com mais facilidade o tratamento semelhante a aqueles que estão em posição próxima, apesar das disposições legais a respeito da composição das classes, que equiparam aqueles que não estão em situações próximas e têm interesses sensivelmente diversos¹¹³².

Em alguns países, não se adota o sistema de divisão dos credores em classes, como é o caso do Direito francês, no qual os credores simplesmente deliberam por maioria de dois terços em relação ao montante dos respectivos créditos¹¹³³; não obstante, naquele

¹¹³¹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial”, cit., in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**, 1ª ed., 2012, p.370; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.83.

¹¹³² Visto sob a perspectiva do direito da empresa em crise, o tema da divisão de classes não representa apenas a ordem de preferências na falência, mas também a dinâmica de organização dos credores conforme a homogeneidade de seus interesses, separando aqueles divergentes, de forma a favorecer o tratamento isonômico e a solução consensual (Cf. CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial”, cit., in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**, 1ª ed., 2012, p.368).

¹¹³³ Cf. BRUNET, Andrée. “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la fallite”, cit., in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, cit., 2007, p. 119.

país, o plano de reerguimento pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores, caso a situação de cada credor justifique a diferenciação¹¹³⁴.

Em outros sistemas, porém, em que se adota o sistema de divisão em classes, é maior a liberdade de formação dos agrupamentos, como é o caso dos Direitos norte-americano¹¹³⁵, alemão¹¹³⁶, italiano¹¹³⁷ e argentino¹¹³⁸, permitindo a flexibilização na formação das classes e possibilitando a parificação de tratamento de interesses homogêneos.

Se comparados os sistemas aqui referidos ao Direito brasileiro de forma mais ampla e vista a questão sob o prisma do estímulo às soluções consensuais para a crise da empresa, constata-se a necessidade de flexibilização da formação das classes e o fundamento jurídico constitucional para a subdivisão destas encontra-se no próprio princípio da isonomia¹¹³⁹.

Na prática, comum a heterogeneidade dos interesses abrigados em uma mesma classe de credores, tendo a doutrina notado o papel preponderante de credores potenciais financiadores da empresa em crise¹¹⁴⁰, como instituições financeiras e fornecedores que continuam a negociar com o devedor, e os tribunais brasileiros, levando em conta a importância de determinados parceiros comerciais, têm confirmado a legalidade da divisão

¹¹³⁴ Cf. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 9ª ed., 2014, p.597.

¹¹³⁵ Conforme se pode ver das disposições constantes do 11 USC §1122 (a). O *Bankruptcy Code* é silente quanto aos requisitos para a separação das classes, exceto com relação à regra de que diferentes reivindicações não podem ser classificadas na mesma classe, pois o crédito somente poderá compor determinada classe se for similar aos demais créditos daquela classe (Cf. WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p. 767). Consoante aponta a doutrina, apesar do requisito da similariedade dos créditos para a formação das classes, nada impede que, quanto aos credores menos tolerantes à espera, ao que chamam de credores impacientes, formem-se classes exclusivas para eles e isso ocorre presumivelmente porque “creditors with low discount factors (those who face credit rationing or otherwise less competitive credit markets) might also be those who have some particular interest in a reorganized debtor (for example, workers or trade creditors) and thus may need to be classified separately in order to maximize the value of the reorganized debtor. Separate classification on the basis of postbankruptcy interest in the reorganized debtor has been upheld by courts” (KORDANA, Kevin A., POSNER, Eric A. “A Positive Theory of Chapter 11”, cit., in **New York University Law Review** 74 (1999), p.215).

¹¹³⁶ Conforme §222 da *Insolvenzordnung*.

¹¹³⁷ Nos termos do artigo 160 da *Legge Fallimentare*.

¹¹³⁸ A Lei 24.522 contemplou pela primeira vez, na Argentina, a liberdade de agrupamento e classificação dos credores, prevendo a necessidade de três categorias mínimas, com a obrigatoriedade de tratamento igualitário dentro de uma mesma categoria de credores (Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.187).

¹¹³⁹ Cf. artigo 5º da Constituição Federal.

¹¹⁴⁰ Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.99.

em subclasses¹¹⁴¹, “por meio da adoção de critérios objetivos e claramente justificados pelas peculiaridades inerentes ao caso”¹¹⁴². Veja-se, como aponta Leonardo A. R. Dias, que a própria lei, reconhecendo a importância do chamado “dinheiro novo”, admite o tratamento privilegiado do “credor colaborativo” ao tratar da reclassificação de créditos preexistentes de credores que continuam fornecendo à empresa durante a recuperação judicial (art.67, parágrafo 1º, da LRE)¹¹⁴³.

Ainda assim, sob o aspecto processual e seu reflexo quanto a posições substanciais, a divisão em subclasses pode eventualmente servir de manobras ao devedor e eventualmente não contribuir para a aprovação de solução adequada para a solução da crise no caso concreto e, nesse sentido, deve incidir a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, para que não se chegue a situação flagrantemente injusta na prática¹¹⁴⁴. Pode-se concluir, desta maneira, que o controle a ser exercido pelo Estado-juiz deve favorecer o equilíbrio de poderes e a representatividade dos credores por seus respectivos votos, na medida da separação e o agrupamento dos credores conforme as peculiaridades de suas condições, favorecendo o tratamento isonômico em termos materiais¹¹⁴⁵.

Na separação das classes, o legislador considerou o peso de cada grupo para a deliberação assemblear e dispôs que a aprovação deve se dar por maioria em todas as classes.

¹¹⁴¹ Nesse sentido: AI n.0026427-10.2015.8.19.000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 22ª Câmara Cível, rel. Carlos Eduardo Moreira da Silva, v.u., j.18.08.2015; AI n.0056536-07.2015.8.19.000, Comarca do Rio de Janeiro, TJRJ, 9ª Câmara Cível, rel. Carlos Azeredo de Araújo, v.u., j.05.04.2016; AI. 2068607-46.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ramon Mateo Júnior, v.u., j. 11.11.2015.

¹¹⁴² Cf. AI. 2260720-90.2015.8.26.0000, Comarca de Ibitinga, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u., j. 11.05.2016. No caso concreto, destacou o relator a possibilidade de negociações diferenciadas que se deram em relação à chamada subclasse dos “credores financiadores”, como estímulo para que “se disponham a manter em níveis normais o fornecimento de insumos e crédito às recuperandas, aumentando com isso a probabilidade de êxito da recuperação judicial, em benefício de toda a coletividade” (p.10).

¹¹⁴³ Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.207.

¹¹⁴⁴ Como pondera Sheila Christina Neder Cerezetti: “fundamental torna-se a presença do juiz para fiscalizar a adequada classificação dos créditos, garantindo-se tanto que os grupos de interesses diferentes sejam criados quanto que os múltiplos grupos de mesmos interesses não sejam formados” (“As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial”, cit., *in* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**, 1ª ed., 2012, p.383).

¹¹⁴⁵ Consoante detecta a doutrina norte-americana, onde a liberdade de formação das classes é maior: “The classification power makes sense only if courts can prevent the debtor from using that power opportunistically. Unfortunately, it is not clear that courts have this ability” (KORDANA, Kevin A.; POSNER, Eric A. “A Positive Theory of Chapter 11”, cit., *in* **New York University Law Review** 74 (1999), p. 217).

Então, indaga-se: deve ser necessária a aprovação na maioria das subclasses e constatado se essa situação resulta na aprovação da maioria dos credores, por cabeça e pelo valor do crédito, quando necessário, ou a aprovação deve se dar em todas as subclasses?

Não há regras na LRE para a contagem da maioria na hipótese de subdivisão das classes, que também não é prevista. Veja-se que ainda que a flexibilização na formação das classes resultasse da disposição da lei, tal fato não deveria conduzir à impossibilidade de controle jurisdicional sobre os agrupamentos de credores sugeridos, porque mesmo assim ainda seria possível a manipulação de posições para justificar tratamento diverso a aqueles que se acham em igual situação ou os mesmos sacrifícios para os que ostentam diferentes condições, contrariando frontalmente o princípio da *par conditio creditorum*, derivado do princípio da isonomia¹¹⁴⁶.

Se no caso concreto houver divisão dos credores em subclasses, o mais acertado, como sugere Sheila Christina Neder Cerezetti, que tanto o quórum deliberativo comum, previsto no artigo 45 da LRE, como o alternativo, do chamado *cram down* (art.58, § 1º, da LRE), sejam verificados em cada subclasse. Por outras palavras, deve-se obter a maioria em cada uma das subclasses, para que sejam evitados propósitos egoísticos¹¹⁴⁷.

Acrescenta-se a essa ideia a observação de que em algumas situações, entretanto, essa forma de contagem do quórum pode ser prejudicial ao intento de aprovação do plano, especialmente nas hipóteses de haver apenas um credor na subclasse ou este deter o poder de veto a sua aprovação¹¹⁴⁸; nessa situação, nos parece que eventual abuso do direito de voto deva ser verificado, para que não haja o exercício de posição jurídica de forma inadmissível.

8.3.4.2 Controle judicial sobre o abuso do direito do credor na recuperação judicial

Também é possível a análise do tema do abuso do direito sob a perspectiva do exercício dos direitos dos credores¹¹⁴⁹ e, logo de início, constata-se a necessidade de

¹¹⁴⁶ Nesse sentido: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.84.

¹¹⁴⁷ Cf. CEREZETTI, Sheila C. Neder, “O passo seguinte ao Enunciado 57: em defesa da votação nas subclasses”, in **Revista Comercialista** 13. 2015, pp.24/27.

¹¹⁴⁸ O poder de veto ocorre quando um credor das classes II ou III for titular de crédito cujo valor alcance dois terços do valor dos créditos daquelas classes, pois nessas hipóteses não serão atingidos os quóruns deliberativos previstos nos artigos 45 ou 58, parágrafo 1º, da LRE.

¹¹⁴⁹ Em outros sistemas, como o italiano, tem sido estudado o tema do abuso do direito no âmbito das soluções para a crise da empresa também sob o prisma do abuso do credor e, nesse sentido, fala-se que: “Il voto dei creditori è un negozio giuridico, come tutti i negozi giuridici ha il limite dell’abuso, così come il

preenchimento da lacuna da lei concursal por interpretação integrativa, de forma que são aqui plenamente aplicáveis as disposições do Direito Civil a respeito da matéria, em especial, a regra contida no artigo 187 do Código Civil¹¹⁵⁰, eis que, ainda que realizado no processo e sob a disciplina da LRE, o acordo celebrado entre credores e devedores não deixa de ser negócio jurídico de efeitos substanciais.

As disposições do artigo 187 do CC são genéricas e preveem que também “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, devendo-se considerar que não seria possível haver na Lei de Recuperação de Empresas previsões casuísticas, tantas que são as formas de abusos que podem ser cometidos.

Em outros sistemas, é comum o controle judicial sobre o eventual abuso de direito cometido no exercício do voto pelo credor para a rejeição ou aprovação do plano de recuperação. No Direito norte-americano, o voto do credor pode ser anulado quando não proferido de boa-fé (11 U.S.C. §1126 (e)); na Alemanha, as deliberações da assembleia de credores podem ser anuladas caso contrariem o interesse comum dos credores (§78 da *InsO*) e, de forma geral, a lei impede a homologação de decisões da assembleia havidas de forma irregular (§250).

No Direito brasileiro, como premissa de extrema relevância, indaga a doutrina, considerada a comunhão de interesses entre credores, se deve ser perseguido exclusivamente o interesse individual de cada credor ou se há o dever de lealdade a ser observado em favor da comunhão¹¹⁵¹.

O exercício do direito de voto na deliberação sobre o plano de recuperação judicial constitui um ônus processual¹¹⁵², de consequências processuais e substanciais, a ser

debitore non può abusare del concordato, e c'è una giurisprudenza ormai consolidata sull'abuso di concordato; lo stesso vale per i creditori che non possono manifestare il voto al solo scopo ricattatorio di ottenere di più rispetto al debitore o rispetto agli altri creditori” (Cf. CATERINI, Enrico. **Crisi d'impresa: ristrutturazioni e concordato preventivo: Atti del Convegno** - Cosenza 23 gennaio 2014 - a cura di Enrico Caterini (Italian Edition) (Locais do Kindle 1047-1049). Edizioni Scientifiche Calabresi. Edição do Kindle).

¹¹⁵⁰ Nesse sentido: MOREIRA, Alberto Camiña. “Abuso do devedor e do credor na recuperação judicial”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.177.

¹¹⁵¹ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.41.

¹¹⁵² A ideia de ônus processual liga-se indissociavelmente a de preclusão. Como esclarece Heitor Sica, tanto os ônus como as faculdades referem-se aos interesses de seus titulares, mas diferem porque o não exercício de uma faculdade não leva à preclusão, estando ao inteiro arbítrio da parte o seu adimplemento. Já os deveres são instituídos para atender interesses públicos ou de outrem, e o seu descumprimento leva a

exercido de forma individual, mas que implica evidentemente na possibilidade de influenciar na esfera jurídica tanto do devedor, como dos demais credores, ante a eventualidade da quebra, no caso de rejeição, ou da concessão da recuperação, se aprovado o plano proposto, podendo-se cogitar, desta maneira, de sua invalidade e de outras consequências relativas à responsabilidade do credor¹¹⁵³.

Veja-se que a invalidade do voto não decorre somente do eventual abuso de quem o exerce, pode ser resultado de vícios do ato jurídico, como erro, dolo, fraude, simulação, lesão e estado de perigo, ou outros problemas; mas, em relação direta à tese ora proposta, cumpre observar que a invalidade do voto não leva necessariamente à invalidação da deliberação do órgão colegiado e, para que isso ocorra, o voto deve ser determinante para alterar o resultado final da votação. É a chamada *prova de resistência*¹¹⁵⁴, importante para o tema da análise do abuso de direito na assembleia de credores na recuperação judicial, em virtude de possibilitar a identificação da necessidade de se perquirir sobre a justificativa dos votos.

Importante, desta maneira, a abordagem da anulabilidade do voto, devendo ser abordadas essas questões nos itens que seguem, especialmente para a verificação do equilíbrio entre a opção do legislador pela solução negociada à crise da empresa e o cumprimento do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

aplicação de sanções (Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**, cit., 2º ed., pp. 101-103).

¹¹⁵³ Quanto à necessidade ou não de existência de dolo por parte do credor (responsabilidade objetiva ou subjetiva), adianta-se que, caso fosse objetiva a responsabilidade na hipótese tratada, haveria o dever de indenizar por parte daquele que comete o excesso, o abuso de direito, sem se perquirir de sua real intenção; bastaria o nexos de causalidade e o resultado danoso aos demais credores. Mas, a regra geral é da responsabilidade subjetiva (art. 186 do CC), já que os casos de responsabilidade objetiva devem ser legalmente previstos e, pondere-se, não há previsão na lei para que se aplique a responsabilidade pelo abuso do direito no exercício do voto em assembleia, não se podendo, nesse contexto, prescindir ao menos da conduta culposa do agente e de que tenha agido manifestamente com excesso aquele a quem se tenha atribuído o abuso (Nesse sentido: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.66).

¹¹⁵⁴ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.188. Também o Direito italiano utiliza a chamada “prova de resistência” para aferir a necessidade de apuração da abusividade do voto e até mesmo para verificar a legitimidade do credor para impugnação à homologação do *concordato*, com base no cálculo da maioria, apurada sobre o montante total dos créditos ou da classe respectiva do voto, quando ocorre reclassificação ou modificação do valor pelo qual foi admitido o crédito. Caso não seja relevante o voto, mesmo após a decisão sobre sua contestação, de nada adiantará a pretensão de modificação do resultado da votação à proposta aprovada (Cf. AMBROSINI, Stefano. “**La deliberazione del concordato in Crisi d’impresa e Fallimento**”, cit., p.11)

8.3.4.2.1 O abuso do direito de voto no Direito Societário e a contrariedade a comunhão de interesses

Diz-se que o poder é legítimo somente se obtido pelo consenso da maioria. Essa é a resposta moderna a uma demanda antiga, que vale para o poder político e para o poder econômico, tendo a História demonstrado que o esforço pela conquista da maioria corresponde à luta pela investidura da legitimidade, seja para a habilitação dos governos dos Estados, seja para a governança das empresas¹¹⁵⁵.

Assim como nas sociedades por ações, na recuperação judicial destacam-se os poderes da assembleia geral, como órgão deliberativo complexo e necessário à formação da vontade, cuja atividade é desempenhada de maneira articulada, como uma parte que não pode ser dissociada de um organismo. São diversas as composições e as funções exercidas nas assembleias das sociedades anônimas e de credores na recuperação judicial, mas é inegável o paralelo que pode ser traçado entre uma e outra, como órgãos coletivos que ocupam posições proeminentes quanto aos destinos da empresa.

Nas sociedades anônimas, como órgão plural, a assembleia geral é constituída de titulares de parcela de seu capital social, que deliberam sobre os rumos da entidade, convivendo com outros órgãos de funções diversas, de natureza administrativa, consultiva e fiscalizatória, de forma a compor a estrutura orgânica. Pelo voto, são respaldados objetivos superiores da sociedade, determinando a lei que por ele sejam perseguidos os interesses da companhia¹¹⁵⁶; mas, como aponta a doutrina, “cada acionista terá sua versão do que convém

¹¹⁵⁵ Cf. GALGANO, Francesco. **La forza del numero e la legge della ragione**: storia del principio di maggioranza, cit., p.93. Como aponta o autor, até o século XVIII, não se impôs no mundo dos negócios o princípio da maioria e nem mesmo o princípio da unanimidade: “la compagnia ignora l’uno come ignora l’altro”. O sujeito ativo do sistema econômico, na época do capitalismo essencialmente comercial, é o mercador, mesmo que unido a outros mercadores, remanescendo ilimitadamente responsável pelas obrigações sociais e sobre ele recaindo a falência, num sistema de administração que hoje se chama disjuntiva. Outra história seria a da empresa coletiva própria do capitalismo industrial, que tomou vida no curso do século XIX e, como aponta o autor, assumiu “la diversa denominazione di società anonima o di società per azioni o di company o di corporation”. Os sócios, a partir de então, assumem responsabilidade limitada, com uma assembleia de sócios que deliberam por maioria e um órgão administrativo eleito pela assembleia. Há que se ressaltar, porém, um antecedente de época pré-industrial, as Companhias das Índias, das grandes monarquias da França, Inglaterra, Holanda, Portugal e Espanha, nos séculos antecedentes, que foram criadas para colonização e exploração de terras no exterior (pp.84-92).

¹¹⁵⁶ Como aponta Pier Giusto Jaeger, “ogni fenomeno associativo del mondo del diritto, si è già detto, reflete un interesse collettivo, che ne spiega la formazione”, apesar da vasta gama em que esses fenômenos se articulam (**L’interesse sociale**. Milão: Giuffrè. 1972, p.10).

à sociedade e votará conforme o seu entendimento”, o que é válido, desde que não haja abuso do direito¹¹⁵⁷.

Também é no órgão deliberativo societário que o poder de controle se manifesta e se faz sentir de maneira mais intensa e ao qual se impõe, como contrapeso, o regime de obrigações e responsabilidades fixadas na lei, que não se dirige aos demais acionistas, e que constitui exemplo claro da tendência de funcionalização dos direitos¹¹⁵⁸. Veja-se que os controladores são verdadeiros empresários, enquanto que os demais são apenas sócios capitalistas¹¹⁵⁹.

A lei brasileira enumera, exemplificativamente, as situações em que pode haver conflito de interesses do acionista com os da companhia, conforme se pode ver das disposições do §1º do art. 115 da Lei n.6.404/76. Os votos contrários ao interesse social, sejam conflitantes ou abusivos por outros motivos, levam à obrigação do acionista de indenizar a sociedade pelos prejuízos sofridos, ainda que o voto não haja prevalecido (§3º do art. 115), além da anulabilidade da deliberação, caso tenha sido decisivo o voto¹¹⁶⁰.

Nesse sentido, apesar de resultar a associação de pessoas da existência de interesses comuns, o chamado interesse social, perseguido legitimamente pela sociedade como interesse coletivo do grupo¹¹⁶¹, por vezes confronta os interesses individuais dos seus integrantes ou até mesmo os interesses da coletividade. Ver na sociedade comercial um

¹¹⁵⁷ Cf. BORBA, José Eduardo Tavares. **Direito Societário**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2010, p.338.

¹¹⁵⁸ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.89. Como enfatiza o autor, “determina a Lei n.6.404/76 que o controlador deve conduzir a companhia de maneira que ela realize o seu objetivo social (isto é, prossiga suas atividades econômicas), e, ainda, cumpra sua função social”, o que evidentemente “atenua os contornos individualistas que presidiram o desenvolvimento dogmático clássico do direito subjetivo no penúltimo século” (p.90).

¹¹⁵⁹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. “Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial”, cit., *in* **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**, 1990, p.86. Nesse contexto, conforme acentua o autor, o sócio controlador, além de obrigações frente aos demais acionistas, também tem deveres e responsabilidades perante os trabalhadores e a comunidade em que atua a empresa, enquanto que os demais sócios, os não-controladores, devem perseguir apenas interesses societários (p.86). O voto do controlador, assim, é um poder-dever, “que se submete a um juízo bem mais severo do que o exercido em relação aos não-controladores, devendo-se perquirir a natureza egoísta ou altruísta da finalidade visada pelo votante” (p.93).

¹¹⁶⁰ Cf. BORBA, José Eduardo Tavares. **Direito Societário**, cit., 14ª ed., 2010, p.340.

¹¹⁶¹ Ainda que se considere o interesse da sociedade comercial como o interesse dos sócios como tais, há que se ponderar que os sócios por vezes são portadores de interesses contraditórios. Nesse contexto, aos acionistas são conferidos não apenas direitos patrimoniais, mas também direitos políticos que lhes possibilitam tomar parte na direção da sociedade por meio do direito de voto, que se constitui, em última análise, em um poder funcional a ser exercido em conformidade com a boa-fé e no sentido de observar a finalidade prevista na lei (Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, p.117).

instrumento de homens, o “instrumento dos sócios, com vista à exploração duma empresa lucrativa”¹¹⁶², não implica olvidar da existência de interesses conflitantes internos à sociedade, como também não leva a negar a responsabilidade social da empresa, expressa no dever de cumprimento das inúmeras obrigações dispostas pelo sistema jurídico em função de outros interesses que tenham por titulares pessoas diferentes dos sócios.

E, pensando no conflito de interesses que pode se manifestar no exercício do direito de voto, põe-se necessariamente a questão do abuso da maioria diante da interpretação do interesse social, quando operada de maneira disforme ao interesse comum, e que pode ser submetida ao controle jurisdicional¹¹⁶³, assim como os atos de gestão dos administradores nas sociedades¹¹⁶⁴.

O poder da maioria concerne sempre à persecução da tutela do interesse considerado tipicamente comum a todos os sócios, não obstante a divergência entre este e os diversos interesses individuais¹¹⁶⁵; porém, convém observar que a concepção de interesse social varia conforme as teorias institucionalistas e contratualistas, que comportam visões diferentes das questões relativas às sociedades.

As teorias contratualistas, apesar da notável variedade, não somente em virtude de suas formulações, mas também em relação aos seus princípios inspiradores e à aplicação prática¹¹⁶⁶, em menor ou maior intensidade esposam o entendimento de que os interesses sociais correspondem aos interesses dos sócios, sem a referência a qualquer interesse

¹¹⁶² Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, p.105.

¹¹⁶³ Conforme acentua Coutinho de Abreu, apesar de a doutrina se referir largamente que não há lugar propriamente para o controle de mérito do objeto da deliberação, haverá de alguma forma o controle judicial sobre o seu mérito, que incidirá sobre o elemento intencional, quando se requeira, como ainda sobre o dano causado à minoria e a inadequação objetiva a qualquer interesse social (Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, pp.142-143).

¹¹⁶⁴ Lembrando da necessidade do melhor equacionamento entre discricionariedade nas decisões negociais e observância dos deveres fiduciários pelos administradores no Brasil, observa José Marcelo Martins Proença que, apesar de ter o legislador conhecimento da relevância da tutela judicial como incentivo ao controle de condutas ilícitas dentro das empresas, a jurisprudência dos nossos tribunais “ainda não foi capaz de formular sua equação em matéria de responsabilidade civil dos administradores”, algo que conduz a “um indesejável desequilíbrio em favor do princípio da não intervenção que, na prática do direito societário, amplia a discricionariedade dos administradores à revelia do controle judicial sobre a legalidade dos atos de gestão” (PROENÇA, José Marcelo Martins. “Notas sobre a revisão judicial dos atos de gestão em sociedades anônimas: os tribunais judiciais podem aprender com a CVM?”, in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.385).

¹¹⁶⁵ Cf. ASCARELLI, Tulio. “Sui potere della maggioranza nelle società per azione ed alcuni loro limiti”, in **Rivista del Diritto Commerciale**. Ano XLVIII. 1950, p. 192.

¹¹⁶⁶ Cf. JAEGER, Pier Giusto. **L’interesse sociale**, cit., 1972, p.14.

externo. Segundo parte dos contratualistas, o interesse social deveria ter em conta não somente o interesse dos sócios no momento atual, mas também no futuro da sociedade, considerando aqueles que virão a fazer parte dela, como interesses de eficiência da empresa e idoneidade a produzir o máximo lucro possível. Para outra corrente, exclui-se a preocupação com sócios futuros e eventuais e consideram-se apenas os sócios atuais¹¹⁶⁷. Conforme se adote uma ou outra concepção de matriz contratualista, diferentes serão os resultados quanto a questões relacionadas, por exemplo, à opção entre a distribuição de lucros imediata ou a política de investimentos a longo prazo, para garantir o futuro da sociedade.

Como aponta a doutrina, mesmo sob a visão contratualista, não seria correto identificar o interesse social (da sociedade comercial) com o interesse da maioria; do contrário, todas as deliberações sociais não poderiam ser questionadas judicialmente em relação à conformidade com o interesse da sociedade, nem haveria que se falar de abuso da maioria¹¹⁶⁸.

Com relação ao institucionalismo societário¹¹⁶⁹, distinguem-se, entre outras¹¹⁷⁰, especialmente duas correntes: a da “empresa em si” (*Unternehmen an sich*), que reconhece como interesse primordial da empresa não apenas a persecução de interesses dos sócios, mas também a maior eficiência produtiva da empresa, em vista da necessidade de atendimento de interesses dos trabalhadores, credores, consumidores e da própria coletividade; e a segunda corrente, a da “pessoa em si” (*Person in sich*), que concebe organicamente a pessoa jurídica,

¹¹⁶⁷ Idem, p.88.

¹¹⁶⁸ Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, pp.113-114.

¹¹⁶⁹ Como leciona Novaes França, “a gênese das teorias institucionalistas deve-se não a um jurista, mas sim ao empresário, filósofo, sociólogo e homem de Estado, Walter Rathenau, que, em 1917, publicou obra baseada em sua grande experiência como empresário e que se destinaria a ter notável repercussão nas letras jurídicas”. Pregando uma visão publicística da grande empresa, Rathenau criticou o favorecimento da proteção legislativa aos interesses egoístas dos acionistas minoritários e propôs o fortalecimento dos poderes de administração e direção da empresa para a persecução dos seus próprios fins, que não deveriam se restringir aos interesses dos sócios, mas, também dos trabalhadores, consumidores, como ainda o interesse coletivo nacional. Apesar da importância das bases dogmáticas da teoria propugnada, que inclusive serviu de inspiração à Lei Acionária alemã, na época da Segunda Grande Guerra, e a vários outros diplomas legais, muitas críticas lhe foram endereçadas, especialmente, no que diz respeito à indeterminação do que seria o interesse social, bem como por sustentar a existência de interesse destituído de sujeito (Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2014, pp.28-32).

¹¹⁷⁰ Além das duas teorias mencionadas, de viés institucionalista, pode-se mencionar a teoria do direito da empresa acionária, que compreende a existência de outros interesses na empresa, relativos às várias pessoas que dela participam, e a teoria da instituição, criada na França por Hauriou e desenvolvida na Itália por Santi Romano, inicialmente para o Direito Público, mas depois transposta para o Direito Privado (Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.**, cit., 2ª ed., 2014, pp.34-38).

com interesse próprio e diferenciado dos interesses dos sócios, superior aos interesses externos à sociedade e sem qualquer conotação publicística¹¹⁷¹.

Assim, quanto aos interesses da companhia, em linhas gerais, duas são as interpretações possíveis: reduzir-se apenas aos interesses dos próprios acionistas ou se identificar “com algum interesse exterior ou superior ao deles”¹¹⁷². Note-se, contudo, que o legislador, no sistema criado pela Lei de Sociedades por Ações brasileira, optou por uma posição intermediária, entre as soluções publicísticas e privatísticas de uma e de outra teoria¹¹⁷³ e, em realidade, como pondera Novaes França, “o confronto entre os partidários das duas teorias sugere visões de observadores colocados em pontos distintos”, um enxergando a sociedade de fora, o que “representa para a comunidade e a economia”, enquanto o outro a vê internamente, “sob o ângulo exclusivo dos sócios”¹¹⁷⁴.

8.3.4.2.2 A comparação do conflito de interesses no Direito Societário e no processo de recuperação judicial sob a perspectiva do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Qual a relação, então, que se pode fazer do estudo das teorias contratualistas e institucionalistas, no campo societário, e o conflito de interesses dos credores que pode ocorrer no processo de recuperação judicial? Qual a ligação que se pode fazer dessas teorias com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional?

¹¹⁷¹ Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, pp.108-112; FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.**, cit., 2ª ed., 2014, p.33.

¹¹⁷² Cf. COMPARATO, Fábio Konder. “Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial”, cit., in **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**, 1990, p.87.

¹¹⁷³ Consoante enfatiza Marcelo Vieira Von Adamek, “não há dúvida, de fato, que o quadro normativo, sobretudo de nossa vigente lei acionária, remanesce caracterizado pela presença simultânea de fatores e aspectos contratualistas e institucionalistas, em equilíbrio instável entre eles, e que supostamente estão em estrita relação com a dimensão da sociedade”. No dizer do autor, “contratualismo e institucionalismo convivem praticamente em todas as sociedades” (**Abuso de minoria em Direito Societário** (Abuso de Posições Subjetivas Minoritárias). Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010, p.129).

¹¹⁷⁴ Como observa a doutrina, na lei brasileira que disciplina as sociedades anônimas sobressaiu o viés institucionalista para as companhias abertas, que atinge um maior número de pessoas, trabalhadores, investidores e consumidores, ao passo que, para as companhias fechadas, predominou o aspecto contratualista, conferindo maior liberdade de estipulação das partes para regular o seu funcionamento e o atendimento dos interesses particulares dos sócios (Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.**, cit., 2ª ed., 2014, p.55).

Mesmo considerando as grandes variações dentro de cada uma das concessões societárias aqui referidas, contratualistas e institucionalistas, é possível extrair duas conclusões, consoante aponta Pier Giusto Jaeger: por um lado, deve-se reconhecer a existência de uma obrigação, que pesa sobre os sócios e órgãos sociais, de perseguir determinados interesses no exercício das próprias atividades; por outro, a adoção de uma ou outra teoria implica no reconhecimento de um poder de maior ou menor amplitude ao órgão judiciário para averiguar o adimplemento de tal obrigação e de, eventualmente, anular as deliberações que não correspondam aos objetivos que deveriam ser almejados¹¹⁷⁵.

Assim como no seio do órgão deliberativo da sociedade anônima, na assembleia de credores da recuperação judicial o voto também manifesta um poder jurídico, mas agora processual, já que além dos efeitos substanciais, cria consequências processuais inegáveis, determinando o rumo que há de seguir a empresa e também o processo, que a partir de então pode tomar diferentes caminhos.

Determinados interesses devem ser atendidos no exercício dos poderes atribuídos aos acionistas nas sociedades anônimas¹¹⁷⁶, controladores ou não, e a não-realização manifesta desses interesses configura abuso do direito ou desvio do poder, que deve ser juridicamente sancionado¹¹⁷⁷, algo que também ocorre nas sociedades de responsabilidade limitada, em vista da obrigação do sócio em colaborar para a realização do interesse comum¹¹⁷⁸. Na recuperação judicial, embora não haja sociedade entre os credores, independentemente da vontade do agente, em algumas situações, os seus atos podem produzir efeitos jurídicos na esfera de direitos de outras pessoas em contraste com a ideia fundamental de comunhão de interesses.

¹¹⁷⁵ Cf. JAEGER, Pier Giusto. **L'interesse sociale**, cit., 1972, p.116.

¹¹⁷⁶ Note-se, como esclarece Jaeger, que nem sempre o interesse coletivo dos acionistas corresponde ao interesse social, porque podem se referir a outros interesses diferentes daqueles que se referem à qualidade de sócio. “L'interesse sociale, secundo questa definizione, sarebe quindi un interesse tipico, necessariamente comune a tutti i soci, perchè referibile non tanto alle persone fisiche di essi, quanto alla loro posizione giuridica all'interno della società, e, aggiungiamo, di quella determinata società” (Cf. JAEGER, Pier Giusto. **L'interesse sociale**, cit., 1972, p.87-88).

¹¹⁷⁷ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. “Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial”, cit., in **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**, 1990, p. 86.

¹¹⁷⁸ Consoante destaca José Marcelo Martins Proença, “caso algum sócio não cumpra com o seu dever de colaboração ou lealdade para com a sociedade, de forma a impedir ou obstaculizar o desenvolvimento de sua atividade, o sócio prevaricador poderá ser expulso por descumprimento de seus deveres, ocasionando a rescisão do contrato social em relação a ele” (PROENÇA, José Marcelo Martins. “A ação judicial de exclusão do sócio nas sociedades limitadas – Legitimidade processual”, in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2012, p.422).

Nas sociedades, essa comunhão de interesses entre os acionistas se apoia na liberdade de associação e gera uma comunhão voluntária; na recuperação judicial, ainda que não haja copropriedade entre os credores, a situação de coletividade também pode implicar a eficácia reflexa da atuação de outrem. A comunhão de escopos se coordena com um interesse comum a todos os participantes¹¹⁷⁹, havendo divergência, tanto em relação aos atos dos sócios, como dos credores na recuperação, a ordem jurídica pode restringir a atuação privada contrária ao interesse do grupo¹¹⁸⁰, levando ao reconhecimento de que o abuso pode se restringir a um voto ou pode referir-se a toda deliberação¹¹⁸¹.

Nesse contexto, deve-se indagar: o interesse a ser perseguido pelos credores na recuperação judicial, cuja averiguação se submeterá ao controle jurisdicional, deve ser tão somente o de minimização de seus prejuízos ou deve ter em conta os interesses da coletividade que estão em jogo diante da crise da empresa?

Todo o processo de recuperação judicial implica na oferta de meios ao reerguimento do devedor com os necessários sacrifícios a serem suportados de forma isonômica; trata-se de limitação imposta ao direito de crédito, espécie do gênero direito de propriedade, como decorrência de sua função social. Não se poderia dilatar essa função e exigir mais sacrifícios do credor, não ao menos sem base legal, para que considere, no momento de externar a sua vontade, outros interesses envolvidos que não aquele próprio, de minimizar seus prejuízos pela escolha entre duas alternativas: aceitar ou não o plano proposto.

Veja-se que a fixação dos objetivos a serem perseguidos na recuperação, então, mostra-se relevante em virtude da justificação do controle judicial que incide sobre o mérito

¹¹⁷⁹ Cf. ASCARELLI, Tulio. “Interesse sociale e interesse comune nel voto”, in **Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile**. Ano V. 1951. Milão: Giuffrè, p.1146. Aponta o autor que a sociedade constitui indubitavelmente uma comunhão voluntária, distinta das acidentais e das necessárias, como seriam, acrescento, aquelas formadas nos processos concursais, como a recuperação judicial brasileira.

¹¹⁸⁰ Nesse sentido, também: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, pp.36-39

¹¹⁸¹ No Direito Societário, além do voto abusivo e à margem do quadro de legalidade, também a deliberação social pode ser contrária à lei ou aos estatutos, como ainda abusiva, por ser, conforme Coutinho de Abreu, “susceptível de causar ao(s) sócio(s) minoritário(s) um dano – a que corresponde, ou uma não desvantagem, ou uma vantagem para o(s) sócio(s) maioritário(s) -, assim se contrariando o interesse social” (Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, p.136). Assim, tanto o voto do sócio, enquanto declaração de vontade, como a deliberação social tomada como um todo, podem causar um prejuízo injustificado ao sócio minoritário e, portanto, pode ser objeto de controle judicial, para aferir a sua conformidade com o interesse da sociedade comercial. Da mesma forma pode-se traçar um paralelo no processo de recuperação judicial.

das deliberações no que toca à verificação de sua correspondência aos interesses que deveriam ser perseguidos e, implica, *in concreto*, que ao Judiciário cabe averiguar se houve abuso do direito de voto e que a análise a ser feita deve se direcionar à conformidade da opção do credor ao objetivo de diminuição dos seus prejuízos, quando se trata do tema de abuso do direito de voto.

É preciso por em destaque, nesse contexto, que o voto não deve ser visto simplesmente como um direito subjetivo, ou seja, direito a uma prestação de outrem; conforme aponta Fábio Konder Comparato, o voto é um poder jurídico, “a prerrogativa de influir na esfera jurídica alheia”¹¹⁸². Nas sociedades, o voto vem concedido ao sócio para o seu interesse individual como sócio, no que, aliás, coincide com o interesse dos outros sócios e encontra seus limites na comunhão de interesses¹¹⁸³.

Na recuperação judicial, a aplicação do dever de lealdade às partes no geral, e especificamente para o exercício do direito de voto na recuperação, justifica-se em virtude do primado do princípio da boa-fé, do qual descende como subprincípio, e ainda como instrumento necessário para a realização dos objetivos perseguidos pelo legislador ao disciplinar a recuperação de empresas e, além de tudo, como obrigação genérica imposta às partes no processo civil (CPC, art. 5º)

A crise econômica do devedor cria uma “natural solidariedade econômica” entre os seus credores, que se traduz na possibilidade de distribuição das eventuais perdas¹¹⁸⁴, e se a maioria deles chegar a um acordo com o devedor, a homologação judicial produzirá um vínculo tão obrigatório para o credor dissidente, como se este prestasse seu consentimento¹¹⁸⁵.

¹¹⁸² Cf. COMPARATO, Fábio Konder. “Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial”, cit., in **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**, 1990, p. 85. Consoante o autor, com base nos estudos de Ascarelli (*Saggi di Diritto Commerciale*), “nessa concepção, o acionista tem direito ao dividendo, mas exerce um poder de voto ou um poder de recesso” (p.85).

¹¹⁸³ Cf. ASCARELLI, Tulio. “Interesse sociale e interesse comune nel voto”, cit., in **Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile**, 1951, p.1160.

¹¹⁸⁴ Cf. PAJARDI, Piero. **Manuale di Diritto Fallimentare**. 2ª edição. Milão: Giuffrè. 1976, p.15.

¹¹⁸⁵ Refere-se Liebman ao vínculo obrigatório formado entre os credores no *concordato* (Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Risoluzione Convenzionale del processo”, in **Rivista di Diritto Processuale Civile**. V.IX. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1932, p.292). Algo que, nesse aspecto, conforme entendemos, pode ser comparado à situação do credor na recuperação judicial do sistema brasileiro.

Dessa forma, apesar de não ser a coletividade de credores na recuperação propriamente uma sociedade, por lhe faltar a voluntariedade, os deveres de lealdade¹¹⁸⁶ e da boa-fé objetiva devem ser observados pelos diversos indivíduos que a compõem como consequência da possibilidade de influenciar os destinos da coletividade, devendo ser perseguido o fim comum do grupo, que, na recuperação judicial, refere-se à minimização de prejuízos e ao recebimento dos respectivos créditos¹¹⁸⁷ e não a outras finalidades não protegidas pelo Direito.

Veremos, em seguida, sem pretensão de esgotar a casuística, as hipóteses mais comuns na prática, em que se alega a ocorrência do abuso do direito de voto do credor no processo de recuperação judicial, analisando as possibilidades de incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional para fins da aclamada efetividade.

8.3.4.2.3 A justificação do voto na recuperação judicial e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Pela natureza negocial da recuperação, a lei, coerentemente, não impõe a obrigação de justificação do voto, estando os credores desobrigados, como já se decidiu, de externar suas razões, o que não retira a validade ou a eficácia dos seus votos, ainda que desacompanhados dos fundamentos que os motivaram¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ O fundamento ético-jurídico do dever de lealdade “é dado pelo princípio da correlação ou coordenação entre poder e responsabilidade...a sinalizar a necessária conexão, ético-jurídica entre os dois”. No Direito Societário, o dever de lealdade encontra diversos fundamentos em leis esparsas, como no CC, arts.1.006, 1010, §3º, 1.011, e 1.013, §2º; LSA, arts. 109, 115, § único, 116, 153, 155, §4º, e 245 (Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Abuso de minoria em Direito Societário** (Abuso de Posições Subjetivas Minoritárias), cit., 2010, p.129).

¹¹⁸⁷ Nesse sentido: WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo, *in* CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas**: Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 321; BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.50; TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**, cit., 2011, p.205; MOREIRA, Alberto Camiña. “Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do Ministério Público”, cit., *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.), **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**, 1ª ed., 2005, p.253 e 255.

¹¹⁸⁸ Nesse sentido: AI. 2143664-36.2015.8.26.0000, Comarca de Mogi Guaçu, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fabio Tabosa, v.u. j. 16.11.2015. Como observou o relator, “a verdade é que os credores, à luz da já citada natureza negocial da recuperação judicial, não se encontram obrigados a externar as razões pelas quais deliberam pela aprovação, ou não, das condições de pagamento propostas pela sociedade recuperanda, podendo delas livremente dissentir pela simples circunstância de se voltar o plano recuperacional à modificação, em prol sobretudo da devedora, das condições originárias dos créditos por eles ostentados. Assim, ao contrário do quanto arguido pela recorrente, a rejeição pura e simples do plano de recuperação por parte do referido credor, desacompanhada dos fundamentos que a motivaram, não se mostra abusiva, mas sim válida e eficaz”.

Pode ocorrer, no entanto, intento que refoge à finalidade do voto na recuperação judicial em algumas situações excepcionais, como no caso de credor cujo voto tenha importância capital, porque detenha poder de veto, ou que seja concorrente do devedor ou, ainda, cessionário de crédito que fora cedido por pessoa impedida de votar, e, nesses casos, pode haver sentido em se perquirir a ocorrência do abuso de direito em nível individual, com a exigência da fundamentação para o direito de voto exercido, com intuito de não se excluir da apreciação do Judiciário eventual questão sobre o abuso do direito de voto.

É preciso observar, porém, que a invalidade do voto não leva necessariamente à da deliberação do órgão colegiado e, para que isso ocorra, o voto deve ser determinante para alterar o resultado final da votação. É a já mencionada *prova de resistência*¹¹⁸⁹, importante para o tema da análise do abuso de direito na assembleia de credores, em virtude de possibilitar a identificação da necessidade de se perquirir sobre a justificativa dos votos.

Nesse sentido, na suspeita de abuso do direito do credor, deve ser abstraído o voto tido como abusivo e verificar se será revertido o resultado de aprovação ou rejeição do plano proposto, para se justificar qualquer averiguação.

Para alguns autores, como Jorge Manuel Coutinho de Abreu, desnecessário verificar a existência de voto abusivo, a menos que haja poder de veto, devendo se voltar a atenção para o abuso da deliberação, porque o voto somente é importante na medida em que ele compõe a maioria¹¹⁹⁰. Essa constatação ganha ainda mais relevância na hipótese em que há suspeita da existência de um especial interesse daquele que exerce o direito de voto, diverso do que deveria ser perseguido em condições de normalidade.

Caso haja diferença manifesta pela rejeição ou pela aprovação, abstraído o voto questionado, deve-se proceder à análise dos seus fundamentos, a sua justificativa, a isonomia e a proporcionalidade de tratamento em relação aos demais credores da mesma classe e a conformidade com tratamento que receberia determinado credor em termos de prioridade na falência em relação às demais classes. Veja-se que eventual abuso pode se configurar tanto na hipótese de aceitação como de rejeição do plano, embora esta seja a hipótese mais comum.

¹¹⁸⁹ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.188.

¹¹⁹⁰ Cf. ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais, cit., 1ª ed., 2006, especialmente, pp. 125 e 126.

Há vozes na doutrina que sustentam serem insuficientes os critérios residentes na boa-fé e nos bons costumes e que o modo mais simples para a identificação do abuso da maioria seria a pesquisa dos motivos individuais dos votos¹¹⁹¹. Tendo em conta a tendência que se verifica em diversos países, de restringir o campo de análise do poder jurisdicional¹¹⁹² quanto ao conflito de interesses nas deliberações assembleares do Direito Societário¹¹⁹³, também no processo de recuperação o controle judicial deve se restringir à perquirição da finalidade do ato e sua conformidade àquela prevista em lei, como ainda a manifesta contrariedade à boa-fe e aos bons costumes.

8.3.4.2.4 A análise do abuso de direito cometido por credor com poder de veto ao plano de recuperação

Tem poder de veto ao plano de recuperação o credor único de uma classe e aquele que detenha mais de 2/3 dos créditos de sua classe, se pertencente às classes II ou III, porque, nessas hipóteses, não será possível a aprovação do plano sem sua concordância, seja pelo *quórum* do artigo 45 ou do artigo 58 da LRE.

A imputação de abuso ocorre com mais frequência nas classes II e III, porque o voto desses credores também se conta pelo valor proporcional que representa diante dos demais, e, dentre estes, muitas vezes o excesso é atribuído ao credor com poder de veto, que, na prática, pode ser agravado pelo fato desses credores ostentarem garantias reais ou mesmo pessoais.

Apesar de haver novação dos créditos submetidos à recuperação judicial¹¹⁹⁴, os credores conservam suas garantias, direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso¹¹⁹⁵, também não se suspendendo ou extinguido as ações em curso em

¹¹⁹¹ Cf. RESIGNO, Pietro. “L’abuso del diritto”, cit., in **Rivista di Diritto Civile**, 1965, p.249. Consoante acentua o autor, “il voto del socio appare così un diritto soggettivo, e cioè un potere accordato ed esercitato per la sodisfazione di interessi individuali del socio. Se ne conferma, ad un tempo, la natura di diritto potestativo (un diritto potestativo de cui sarebbe destinataria la società), e tuttavia si ammette la sindacabilità dei motivi per cui il diritto fu esercitato, e fu esercitato in una certa maniera” (p.249).

¹¹⁹² Como aponta Carnelutti, ao lado do controle judicial meramente formal das decisões assembleares nas sociedades anônimas, há também o controle de mérito, porque versa sobre a conveniência do ato, mas simplesmente para descobrir a sua finalidade, para averiguar se está ou não em contraste com aquela determinada pela lei (Cf. CARNELUTTI, Francesco. “Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’ assemblea delle anonime, in **Rivista di Diritto Commerciale**, 1, 1926, p. 178).

¹¹⁹³ Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.**, cit., 2ª ed., 2014, p.53.

¹¹⁹⁴ Cf. art.59 da Lei n.11.101/05;

¹¹⁹⁵ Cf. art. 49, §1º da Lei n. 11.101/05.

face dos garantidores¹¹⁹⁶, o que, de certa forma, leva a presumir que os credores que ostentam garantias reais ou de terceiros para recebimento de seus créditos evidentemente não tenham a mesma preocupação com a solução da crise da empresa do que um credor cujo crédito não ostente garantia alguma¹¹⁹⁷.

A proeminência derivada do fato de ser credor único ou mesmo de deter mais de 2/3 do valor dos créditos das classes II ou III, como apontam doutrina¹¹⁹⁸ e jurisprudência¹¹⁹⁹, detendo ou não garantias, não representa abuso; tão pouco a rejeição do plano por esses credores implica, *a priori*, manifesto excesso no exercício do direito.

Contudo, é inegável o conflito intersubjetivo de interesses¹²⁰⁰ que pode derivar do poder do credor que detém o poder de veto, devendo corresponder a esse poder a responsabilidade que deriva do exercício do direito de voto. Conforme sugere a doutrina, por vezes será necessária a justificação do voto, providência que se fundamenta também na função do ato específico do exercício desse direito na assembleia de credores¹²⁰¹.

Se o voto deve ser exercido com vistas à realização da finalidade que lhe é imposta pelo sistema jurídico e a persecução de finalidades diversas caracteriza o abuso do direito, é importante perquirir qual o objetivo deve o credor pretender no exercício do direito político e processual de voto.

Na jurisprudência, já se justificou a superação do voto de credor único ou com poder de veto, reconhecendo-se o abuso sob o argumento exclusivo da função social da empresa e da necessidade de sua preservação, presentes no sistema da LRE (art.47)¹²⁰².

¹¹⁹⁶ Como, inclusive, já decidiu o STJ, o “aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente” (Cf. STJ, EDiv em AG n. 1.179.654-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Sidnei Benetti, v.u., j.08.03.2012).

¹¹⁹⁷ Cf. RODRIGUES, Frederico Viana. “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, cit., **RDM**, 138/120.

¹¹⁹⁸ Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. “Abuso do devedor e do credor na recuperação judicial”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.186.

¹¹⁹⁹ Nesse sentido: AI. 2158969-94.2014.8.26.0000, Comarca de Tietê, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, v.u. j. 07.04.2015.

¹²⁰⁰ Discorrendo sobre conflito intersubjetivo de interesses, com base nas lições de Carnelutti (**Sistema di Diritto Processuale Civile**, p.12), Novaes França observa sua ocorrência “no caso em que a necessidade de um indivíduo com relação a um bem não puder se resolver sem o sacrifício da necessidade do outro” (Cf. FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.**, cit., 2ª ed., 2014, p.24).

¹²⁰¹ Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. “Abuso do devedor e do credor na recuperação judicial”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.189.

¹²⁰² Nesse sentido: AI. 9024664-30.2009.8.26.0000 ou 627.497-4/3-00, Comarca de Rio Claro, TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec. Jud. Dir. Priv., rel. Des. Romeu Ricupero, v.u. j. 08.07.2009; AI. 0037321-

A justificação da superação do veto de um credor com base apenas no princípio da preservação da empresa mostra-se demasiadamente vaga, ainda que se parta dos objetivos fixados no artigo 47 da LRE, e afronta o intuito da solução negociada para a superação da crise econômico-financeira do devedor e a consequente limitação da cognição judicial sobre a viabilidade da empresa e da conveniência da aceitação da proposta contida no plano de recuperação judicial. Por outras palavras, chega-se ao paradoxo da imposição de um acordo, solução que deveria ser negociada.

Consoante Alvaro Mariano, o voto pela quebra, por si mesmo, não constitui violação dos limites econômicos e sociais do direito e, portanto, isoladamente, não pode ser considerado abuso do direito, inexistindo “abertura legal para o exercício pelo magistrado de um juízo de mérito sobre a concessão da recuperação judicial – fundado na situação econômico financeira da empresa – e a superação de eventual veto imposto por parte dos credores”¹²⁰³.

Para outros doutrinadores, porém, é possível a superação do veto desde que nenhum credor receba menos do que receberia na falência e seja respeitada a isonomia entre os credores. Nesse rumo, Gabriel Buschinelli afirma que, “se a análise de viabilidade dos credores é possivelmente viciada, será necessária a adoção de outra forma de aferição. No procedimento de recuperação judicial, sua promoção caberá ao magistrado”, que deve verificar se a empresa forneceu informações verossímeis; se as medidas propostas pelo plano são factíveis e se o plano é apto a conduzir à superação da crise, podendo contar, se necessário, com a ajuda de perícia. Admite o autor, porém, que, em vista da grande subjetividade envolvida em avaliações econômicas, que o magistrado deve se limitar a “conhecer casos de flagrante falta de interesse legítimo”¹²⁰⁴.

Todavia, efetivar juízo de mérito sobre a viabilidade da empresa, em relação a factibilidade do plano e a respeito da conveniência da solução proposta aos credores leva à extrapolação dos limites do poder decisório do juiz e, apesar de se poder endereçar alguma

84.2011.8.19.0000, Comarca de Nova Iguaçu, TJRJ, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Milton Fernandes de Souza, v.u. j. 13.11.2011.

¹²⁰³ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, pp.290 e 297.

¹²⁰⁴ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.164.

crítica pelo fato de que a lei fechou a análise da questão, deve-se ressaltar que assim procedeu o legislador porque pretendeu destinar uma solução negociada à crise da empresa.

Esse posicionamento não contraria o entendimento sobre a possibilidade de reconhecimento judicial do abuso do direito de voto por determinado credor, que extrapola *manifestamente* os limites da razoabilidade na persecução de fins que seriam naturais a qualquer credor, que deveriam se restringir à minimização dos prejuízos, sem perder de vista o ideal de preservação da empresa reconhecido na lei, para o qual deve estar estruturado o processo de recuperação judicial.

Nesse sentido, em situações excepcionais mostra-se necessária a perquirição da fundamentação do veto ao plano proposto, para averiguar a evidente posição egoística ou outra desconformidade com a finalidade prevista no sistema para o exercício do direito de voto, com a ocorrência de possível abuso por parte do devedor em suas múltiplas possibilidades veiculadas pelo plano proposto, conforme já abordamos nos itens precedentes, e que poderiam justificar ou não a recusa do credor¹²⁰⁵.

Por um lado, não pode o exercício da jurisdição restringir prerrogativas dos credores quanto a aceitação do plano proposto; por outro, também não se pode concluir pela ausência de limites à autonomia da vontade do credor, seja ele único na classe ou mesmo detentor de crédito suficiente para fazer prevalecer sua vontade; o fim a ser perseguido deve ser apenas atinente à diminuição de prejuízos decorrentes da inadimplência¹²⁰⁶ e não outros, desprotegidos pelo direito, contrários aos bons costumes, à boa-fé, que devem ser inerentes à prática de qualquer ato e também em relação à comunhão de interesses entre os credores, consoante os limites do exercício de posições jurídicas estabelecidos pelo artigo 187 do Código Civil.

¹²⁰⁵ Nesse sentido, reconhecendo no caso concreto não haver justificativa plausível para a rejeição da proposta por parte de credor único da classe ou com poder de veto: AI. 2043349-63.2016.8.26.0000, Comarca de Sorocaba, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 27.06.2016; AI. 2017585-75.2016.8.26.0000, Comarca de Santa Bárbara do Oeste, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Hamid Bdine, v.u. j. 17.08.2016; AI. 2089041-22.2015.8.26.0000, Comarca de Ribeirão Preto, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 02.12.2015.

¹²⁰⁶ Nesse sentido: WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo, cit., in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005**. 2009, p. 321; MOREIRA, Alberto Camiña. “Poderes da assembleia de credores, do juiz e a atividade do Ministério Público”, cit., in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.), **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**, 1ª ed., 2005, p.255.

8.3.4.2.5 A análise do abuso de direito cometido por credor concorrente do devedor

O interesse do credor no soerguimento do devedor que com ele concorre pode não ser o mesmo dos demais credores, tornando-se ainda mais complexa a situação do cessionário de crédito, que não mantinha relação comercial anterior com o devedor e que, portanto, não teria vínculos a serem preservados.

Como aponta Alberto Camiña Moreira, “adquirir crédito posteriormente à instalação da crise empresarial pode ser uma oportunidade de investimento; ou poderá traduzir-se em oportunismo de concorrente com vistas à derrubada do adversário no mercado. A presença de concorrente nessa situação já gera forte suspeita”. Por tal motivo, deve o voto desse credor ser visto sob a ótica do conflito de interesses, sugerindo a necessidade de eventual aplicação do disposto no artigo 187 do CC, com a invalidação do voto, caso presente o abuso diante do caso concreto¹²⁰⁷.

Nesse sentido e não havendo impedimento ao exercício do direito de voto por esse credor, a doutrina já sugeriu a necessidade de justificação do voto nessa situação, quando contrário ao plano proposto pelo devedor e determinante para o resultado da votação¹²⁰⁸.

Como pondera Gabriel Buschinelli, é preciso verificar se a falência do devedor resulta em alteração relevante no mercado, apta a compensar os inevitáveis prejuízos do credor com a quebra de seu concorrente pela diminuição do potencial de recebimento do crédito. Em caso positivo, haverá fundamento para maiores investigações dos reais motivos que levaram o credor concorrente a rejeitar o plano de recuperação judicial¹²⁰⁹.

Pode ocorrer, contudo, que, embora se trate efetivamente de concorrente, que a proposta ofertada seja inferior à média das ofertas feitas aos outros credores da mesma classe. Veja-se que a análise judicial no caso concreto, embora se volte inicialmente para a constatação da existência de conflito, terá que verificar a ocorrência de tratamento isonômico conferido aos credores. Há que se ponderar, ainda, que o abuso de direito, para ser

¹²⁰⁷ Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. “Abuso do devedor e do credor na recuperação judicial”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.196.

¹²⁰⁸ Idem, p.194.

¹²⁰⁹ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.136.

reconhecido, deve ser manifesto (evidente), como preconizado pelo artigo 187 do CC, para que não se comprometa a solução consensual buscada pela lei.

Assim, possível a conciliação da aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sem desvirtuar o caráter negocial da solução à crise da empresa.

8.3.4.2.6 A análise do abuso de direito cometido por credor cessionário

A cessão do crédito viabiliza, por vezes, a própria situação econômico-financeira do credor, que não pode esperar o equacionamento da crise do devedor. Se a necessidade move o credor à cessão, a oportunidade de novos investimentos motiva o cessionário¹²¹⁰, havendo, em outros países, como os Estados Unidos, verdadeiro mercado de fundos especializados na aquisição de créditos de empresas em dificuldade, os chamados *vulture funds*, que movimentam expressivas quantias em seus negócios¹²¹¹, diferentemente do osso país, onde o mercado secundário de dívidas de empresas em crise ainda é incipiente¹²¹².

Da aquisição de créditos pode se originar posição estratégica ao cessionário¹²¹³, direcionada para o atendimento de seus interesses por meio do controle sobre uma classe de credores na recuperação judicial e que efetivamente pode constituir abuso de direito, caso haja manifesto excesso no exercício do direito de voto, ou até eventualmente fraude à lei, conforme será visto mais adiante, se houver conluio com os dirigentes da devedora pela

¹²¹⁰ Cf. PAIVA, Luiz Fernando Valente de e COLOMBO, Giuliano. “Recuperação judicial e cessão de créditos a polêmica do direito de voto”, in **Revista do Advogado** 105. 2009, p.108.

¹²¹¹ Cf. LEVITIN, Adam J. “Finding Nemo: Rediscovering the Virtues of Negotiability in the Wake of Enron”, in **Columbia Business Law Review** (2007), p 86. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.910571>>. Último acesso em 15.11.2017. Como afirma o autor: “Although the exact size of the corporate bankruptcy claims trading market is unknown, it was estimated to be in the hundreds of billions of dollars about a decade ago and has seen a prodigious growth in recent years. The growth of the bankruptcy claims trading market stems from the risks and delays inherent in large Chapter 11 bankruptcies. Creditors can wait for years to receive a payout in a large Chapter 11 case and the expected payout at the end is highly speculative. The ability to sell bankruptcy claims provides an exit opportunity for creditors who do not wish to incur the hassle and expense of the reorganization process.” (p.86).

¹²¹² Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.108. Como esclarece o autor, os denominados “investidores abutres”, nos Estados Unidos, operam “mediante a aquisição, com deságio, de créditos em diversas classes”, ditando “os rumos de muitos processos de recuperação de empresas no exterior” (p.297).

¹²¹³ Com base na experiência norte-americana, ressalta a doutrina que: “Distressed-debt traders have different motivations from commercial creditors providing goods and services or lenders. They buy claims of all types at substantial discounts. Rather than nurture longterm relationships, distressed-debt traders purchase debt claims to reap material profits and, in certain situations, to obtain control of the debtor and dominate the administration of the reorganization case through membership on the creditors' committee” (MILLER, Harvey R., WAISMAN, Shay Y. “Is Chapter 11 bankrupt?”, cit., in **Boston College Law Review** 47 (2005), p. 153).

aquisição de créditos por interpostas pessoas, exclusivamente com a finalidade de obter as maiorias necessárias à aprovação do plano de recuperação¹²¹⁴.

Nesse contexto, a aceitação da cessão de crédito devido por empresa em recuperação judicial sem controle algum por parte do Judiciário e das demais partes do processo, pode colocar em risco o sistema concursal, que se apoia sobre a ideia básica de que todos os credores estão submetidos ao sistema coletivo¹²¹⁵, violando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Algumas legislações, para evitar a prática fraudulenta, chegam a proibir o direito de voto do credor que adquiriu o crédito após a abertura do processo concursal, como a anterior legislação espanhola¹²¹⁶ ou a atual italiana, para o *concordato fallimentare*¹²¹⁷. O sistema norte-americano põe sob o controle judicial a transferência ocorrida, de forma que a cessão não se consuma automaticamente, havendo a necessidade de comunicação ao juízo, com a oportunidade de impugnação pelo cedente ou pelo devedor, e de objeção por outros

¹²¹⁴ Daniel Roque Vítolo, referindo-se à possibilidade de ser tentada a obtenção de maiorias pelo devedor por meio de cessões de crédito e indagando se todas cessões envolvendo o concursado poderiam ser tidas como fraudulentas, admite que “no parecería justo afirmar que esto ocurre indefectiblemente en todos los casos”, apesar de que “no se pode soslayarse que existen muchas maniobras fraudulentas en este sentido”; mas, pondera que também existem situações em que a aplicação rigorosa de um regime restritivo para a admissão de cessões de crédito ou de pagamentos por subrogação “puede convertirse en una arma letal para la continuidad de la empresa y la posibilidad cierta de la restructuración de la deuda en la búsqueda de un mantenimiento de la actividad productiva y la conservación de los puestos de trabajo”. Nesse sentido, narra o autor que a jurisprudência argentina, exceto nos casos de fraude evidente e demonstração de prejuízos, tem sido tolerante com esse tipo de conduta (VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.340).

¹²¹⁵ Nesse sentido também, para o Direito argentino: VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.297.

¹²¹⁶ Conforme Lei 22/2003, art. 122. Como aponta a doutrina, pela legislação atual: “La Ley 38/2011 de reforma de la ley concursal 22/2003, sin transformar el procedimiento concursal en un mercado de compra y venta de créditos concursales que constituya una oportunidad de inversión, de modo paralelo a lo que acontece en el marco del derecho norteamericano (“claims trading”), ha incentivado notabelmente este mercado por la vía de la modificación del art. 122.1.2º LC y la privación del derecho de voto que dicho precepto contenía respecto de acreedores derivativos” (PULGAR EZQUERRA, Juana. “La financiación de empresas en crisis” in: **Universidad Computlense**. Documentos de trabajo del departamento de derecho mercantil. 2012/48, março de 2012, p. 31. Disponível em <<http://eprints.ucm.es/14638/>>. Último acesso: 24 de outubro de 2017).

¹²¹⁷ Cf. art.127, comma 4, da *Legge Fallimentare*. Entretanto, em relação ao *concordato preventivo* e à *amministrazione controllata*, os respectivos dispositivos legais (art. 177, comma 4 e 189, comma 1) limitam-se a excluir o direito de voto apenas a aqueles cessionários que adquiriram seus créditos dos cônjuges, parentes e afins do sócio de pessoas jurídicas sob esses regimes, o que leva a prevalente doutrina a concluir que a transferência do crédito fora dessas hipóteses não leva à exclusão do direito de voto ao cessionário. Não é essa a opinião, contudo, de Roberto Sacchi, para quem também nessas hipóteses persistiria a mesma razão de exclusão do direito de voto, posto que “esiste il pericolo che chi acquista un credito dopo l’inizio dela procedura lo faccia in attuazione di manovre dirette a influenzare la votazione sulla proposta del debitore... che interferisce com l’attuazione del suo interesse come creditore” (**Il principio di maggioranza nel concordato e nell’amministrazione controllata**, cit., 1984, pp.462-464).

credores, para que a substituição possa ocorrer, o que lá não impede de se concluir, porém, que a cessão de crédito submetido à reorganização traz muitos benefícios¹²¹⁸.

Veja-se que a exclusão do direito de voto é medida extrema, como a prevista no artigo 43 da LRE, que visa resguardar a regularidade da formação do consenso na deliberação sobre o plano de recuperação, não permitindo o voto daqueles que possuem vínculo societário ou familiar com o devedor, evitando situação que poderia levar à manipulação do resultado pela alocação de credor que se encontra impedido de votar em determinadas classes em que a aprovação não seria obtida. O impedimento de voto nessas condições, portanto, é medida preventiva em um sistema rígido de formação de classes como o nosso.

Sob esse contexto, é de se perquirir, para o Direito brasileiro, em quais condições o cessionário, comum ou que tenha adquirido o crédito de alguém impedido de votar, assume o crédito e quais os poderes que dispõe para o exercício de seus direitos na recuperação judicial.

A LRE não impõe limites à cessão de crédito, que deve ser regulada, portanto, pelas disposições do Código Civil pertinentes à matéria, caso o crédito esteja ou não corporificado a título de crédito¹²¹⁹, não havendo no ordenamento qualquer restrição aos direitos do credor cessionário¹²²⁰.

A jurisprudência tem admitido ao credor cessionário o direito de voto sob o fundamento de que “o endosso transmite todos os direitos emergentes da cambial” e que inexistente “qualquer norma legal que confira ao direito de voto decorrente do crédito a marca de inalienabilidade ou do personalismo”¹²²¹.

Quanto a aquele que recebeu o crédito das pessoas impedidas de votar, em posição restritiva, a jurisprudência tem apontado para a impossibilidade de voto do credor

¹²¹⁸ Como pondera a doutrina: “This problem raises the possibility that claim buying is desirable, because if a single creditor purchases the claims of most or all of the remaining creditors, fewer creditors will have an opportunity to engage in delay. Intuitively, we expect bargaining costs—including both delay caused by strategic behavior and the sheer time consuming nature of haggling with many people—to decline when the number of bargainers declines” (KORDANA, Kevin A., POSNER, Eric A. "A Positive Theory of Chapter 11", cit., in **New York University Law Review** 74 (1999), p.228.).

¹²¹⁹ Cf. artigos 286, 904, 910 e 922 do Código Civil.

¹²²⁰ Cf. PAIVA, Luiz Fernando Valente de e COLOMBO, Giuliano. “Recuperação judicial e cessão de créditos a polêmica do direito de voto”, cit., in **Revista do Advogado** 105, 2009, p.112.

¹²²¹ Cf. AI. 431.56-4/0-00, Comarca de São Paulo, TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec. Jud. Dir. Priv., rel. Des. Pereira Calças, v.u. j.15.03.2006; AI. 433.182-4/7-00, Comarca de São Paulo, TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec. Jud. Dir. Priv., rel. Des. Pereira Calças, v.u. j. 07.06.2006.

cessionário nessas hipóteses, porque não lhe foram transmitidos mais direitos do que aqueles que pertenciam ao anterior titular¹²²².

Em apoio a essa orientação e sustentado haver conflito de interesses, Samuel Hubler aduz que, para os cessionários de credores impedidos de votar (art.43 da LRE), deve haver extensão da proibição para evitar a “conluio entre o credor cedente, credor cessionário e devedor”¹²²³.

Essa orientação, com a devida vênia, não se sustenta. Consoante bem observa Gabriel Buschinelli, o direito de voto não se trata de direito material acessório transmitido ao cessionário, mas de poder processual decorrente de sua legitimidade de intervir no processo e exercer a respectiva posição, eis que se trata de “poder instrumental de ordem processual”¹²²⁴.

E a substituição processual que se dará em favor do cessionário não encontra os limites que lhe são impostos no processo de conhecimento, relativos à previsão legal para a sucessão processual e o consentimento da parte contrária (arts.108 e 109 do CPC)¹²²⁵, até mesmo pela ausência de restrições na LRE a esse respeito.

Partindo, então, do pressuposto que o direito de voto é um poder processual e não propriamente um direito material¹²²⁶, há apenas que se cogitar se há obstáculo ao livre exercício dessa posição jurídica na relação processual; do contrário, vige na hipótese o princípio da isonomia, que não é aplicável somente na situação de antagonismo entre autor e réu de uma demanda, mas também entre partes que ocupam o mesmo polo da relação processual¹²²⁷, restando saber, no caso concreto, se há motivos para que não receba o

¹²²² Nesse sentido: AI.0021655-82.2010.8.26.0000, Comarca de Estrela D’Oeste, TJSP, Câm. Reservada de Fal. e Rec. Jud., rel. Des. Elliot Akel, v.u. j.01.06.2010.

¹²²³ Cf. HÜBLER, Samuel. “Recuperação judicial credor cedente proibido de votar e extensão dos efeitos da proibição ao cessionário”, in **RDB 65**. 2014. Pp.233-260, especialmente, p.255.

¹²²⁴ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. “Cessão de crédito na recuperação judicial”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, pp.322-323.

¹²²⁵ Nesse aspecto, inovou o novo CPC, dispondo não ser necessário o consentimento do executado para que se dê a sucessão processual, diferentemente da fase de conhecimento (art.109 do CPC).

¹²²⁶ Nesse sentido, também: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. “Cessão de crédito na recuperação judicial”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, pp.323-325.

¹²²⁷ Como pondera a doutrina, conferir “tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**, cit., 11ª ed., 2013, p.112).

cessionário de crédito tratamento equânime aos demais credores, para lhe ser atribuído o poder correspondente ao direito de voto na assembleia.

A resolução do problema do abuso de direito do credor cessionário que se encontre na posição de poder influenciar decisivamente as deliberações da assembleia de credores na recuperação judicial parte da análise das condições de isonomia desse credor em relação aos demais e se o cessionário tenderia a favorecer o devedor, tal qual o credor cedente impedido de votar.

Tomando em conta que a boa-fé se presume, enquanto a má-fé deve ser provada, o tratamento desigual do cessionário, *a priori*, com a proibição do exercício do direito de voto, não se justifica. Como ponderam Luiz Fernando Valente de Paiva e Giuliano Colombo, “a fraude é, e deve ser tratada, como um desvio do sistema, uma exceção, não como regra impeditiva do exercício de legítimos direitos”¹²²⁸.

8.3.4.2.7 A análise do abuso de direito pela persecução de fins anormais: a venda do voto

Opor-se à maioria constitui expressão da liberdade e “parte da própria lógica do princípio majoritário”¹²²⁹; não obstante, o exercício do direito de voto pelo credor deve nortear-se pelo normal interesse de minimização de prejuízos, independentemente de consideração a outros valores, já que a função social da empresa deve ser garantida pela estrutura do processo em que a crise é enfrentada e, nesse contexto, não é necessário exigir do credor “mais do que a preocupação honesta e leal com a satisfação do seu crédito”; esse é o papel dos credores na recuperação judicial¹²³⁰.

A reação de alguns ordenamentos é severa a respeito do mercado de voto; assim, no sistema italiano, pune-se a venda do voto do credor sujeito ao *concordato*¹²³¹; no Direito

¹²²⁸ Cf. PAIVA, Luiz Fernando Valente de e COLOMBO, Giuliano. “Recuperação judicial e cessão de créditos a polêmica do direito de voto”, cit., in *Revista do Advogado* 105, 2009, p.114.

¹²²⁹ Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Abuso de minoria em Direito Societário** (Abuso de Posições Subjetivas Minoritárias), cit., 2010, p.45. Como enfatiza o autor para o Direito Societário, mas que bem se pode aplicar ao processo de recuperação judicial, em vista da importância assumida pela assembleia de credores: “em princípio, a minoria tem o direito de se opor à maioria..., o direito de voto não existe senão para a defesa de uma opinião, um ponto de vista, e aquele defendido pela maioria não é necessariamente o melhor” (p.45).

¹²³⁰ Nesse sentido: BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.74.

¹²³¹ Cf. art. 233 da *Lege Fallimentare*.

alemão, a aprovação irregular da decisão na assembleia de credores leva a sua não-homologação (§ 250 da InsO) e à anulação das deliberações (§78 da InsO).

Em nosso sistema, o favorecimento de credores na recuperação judicial é conduta típica e antijurídica, prevista como crime falimentar, consistente em “praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais” (art.172 da LRE). Cometem o crime referido o devedor e o credor beneficiado¹²³².

A vantagem conferida a um credor em detrimento dos demais pode não derivar de pagamento direto ao credor, mas de benefício obtido por outros meios, mesmo que previstos no plano, caso haja desproporção entre prestação e contraprestação no negócio jurídico a ser celebrado, que demonstre o benefício não merecido do credor. Em suma, como aponta a doutrina, sob o aspecto penal, “a tipicidade do delito está no verbo *praticar*” ato de disposição ou de oneração, tais como a “venda e compra, mútuo, dação, doação, enfim, toda e qualquer forma de entrega do patrimônio a um dos credores, em prejuízo dos demais credores, pouco importando a colocação deste ou daquele no Quadro Geral de Credores”¹²³³.

A vantagem injustificada do credor nessas circunstâncias, além de conduta tipificada penalmente, constitui abuso do direito de voto, que não se aplica à simples expectativa do credor de realizar futuros negócios com o devedor e manter a parceria comercial, nem às tratativas diretas entre devedor e credor, tendentes à solução da crise econômico financeira em condições normais, ou mesmo no acordo para, de forma pré-determinada, fixar a deliberação que será tomada pelo credor na assembleia. O abuso se configura desde que, como aponta a doutrina, a conduta do credor seja motivada por vantagens particulares e não conferido tratamento equitativo aos credores integrantes de cada classe¹²³⁴.

¹²³² A venda de voto também é tipificada quando se destina às deliberações das assembleias de sociedades anônimas (art. 177, §2º do Código Penal), embora não se aplique esse tipo penal ao credor no âmbito da recuperação judicial.

¹²³³ Cf. MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. “A tipicidade nos crimes de falências e recuperação de empresas”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p.300.

¹²³⁴ Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**, cit., 1ª ed., 2014, p.119.

8.4 O controle judicial sobre a fraude e a ineficácia dos atos de alienação previstos no plano

As noções de ética e de negócios não são incompatíveis, não devendo ser consideradas isoladamente na atividade empresarial; a busca pelo sentido ético e pela boa-fé permite conceber a empresa como um importante subsistema social contido em contexto mais amplo¹²³⁵, do que se conclui que a crise econômico-financeira do devedor não pode ser remediada com solução que implique na realização de objetivos não protegidos pelo Direito.

E, dentre esses objetivos, as expressões “fraude à lei” e “abuso do direito” muitas vezes são usadas conjuntamente e, apesar de representarem a ruptura com os modelos de boa-fé, lealdade e confiança, têm diferentes significados¹²³⁶.

Com efeito, se o abuso consiste no ir além do direito quanto ao seu exercício, contrariando os mesmos ideais de boa-fé, dos bons costumes e das finalidades econômica e social que justificam a tutela de determinada posição jurídica, a fraude implica obter indiretamente, por meios aparentemente normais, o que a lei proíbe, burlando o comando de norma de ordem pública.

Embora em sentido estrito a expressão fraude à lei deva ser entendida como “manobra indireta que tangencia o preceito legal proibitivo ou imperativo”, em acepção ampla, o gênero “fraude à lei” contém todas as subespécies de fraude, pois, como já nos referimos em outra oportunidade, “quando há o emprego de meios lícitos que resultam em consequências não permitidas em lei”, atingindo direitos subjetivos ou mesmo preceitos de ordem pública, estamos diante de uma das modalidades de fraude¹²³⁷.

Diante desse quadro, a fraude, dada a largueza do rol de hipóteses em que pode se manifestar, não se reduz à fraude a credores que pode se originar dos atos de alienação previstos no plano; pode ocorrer em inúmeros casos, por exemplo, com relação à cessão de crédito de valor expressivo, por pessoa impedida de votar, realizada para influenciar a apuração do resultado da decisão da assembleia de credores. Não obstante, o foco de maior preocupação no processo de recuperação judicial parece ser em relação a fraude a credores

¹²³⁵ Cf. VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**, cit., 2009, p.293.

¹²³⁶ Cf. RICHARD, Efraín Hugo, cit., p.3. No dizer do autor, “se denomina fraude a la ley a una situación en la qual para evitar la aplicación de una norma jurídica que no le favorece o no le interesa, una persona se ampara en otra u otras, llamadas normas de cobertura, y busca dar un rodeo que le permita sortear la prohibición o las obligaciones que le imponía la norma vulnerada” (p.5).

¹²³⁷ Cf. RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**, cit., 1ª ed., 2016, p.91.

(ineficácia subjetiva) e, de forma mais comum, a ineficácia dos atos de alienação previstos no plano¹²³⁸.

Nesse sentido, é fundamental o controle jurisdicional sobre as soluções preconizadas no plano de recuperação, especificamente sobre aqueles atos que podem causar prejuízos às partes do processo e até mesmo aqueles que ainda nele não intervieram, principalmente, porque a incidência do princípio da inafastabilidade pode antecipar a resolução de problemas, evitando preventivamente inúmeros prejuízos.

Muitos são os interesses tutelados pelo Direito Concursal¹²³⁹ e, havendo falência e formação da massa falida, antecedida ou não pelo processo de recuperação judicial, a proteção dos credores se dá de forma coletiva, pois, como observa Sergio Shimura, não há separação entre credores posteriores e anteriores ao ato fraudulento, todos se tornam beneficiários ou prejudicados indiscriminadamente pelos resultados que forem obtidos por meio do processo¹²⁴⁰.

8.4.1 A eficácia dos atos de disposição praticados pelo devedor e o fator de consensualidade

Como vício social, a fraude contra credores não se caracteriza pela falha do consentimento; nenhuma divergência há entre a vontade manifestada e os objetivos do agente. O elemento que marca a fraude é a conformidade entre o ato praticado e o resultado

¹²³⁸ Como observara Trajano de Miranda Valverde, “muitas vezes o fim visado pelo devedor é perfeitamente honesto, mas os meios são condenados, v.g., quando elle ‘lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos’. É que o elemento objetivo da fraude – *entus damni* – sobeja o elemento subjectivo – *consilium fraudis* -, afasta-o em certos casos, que entram na categoria dos actos culposos, por terem concorrido para piorar a situação dos credôres, causando-lhes maior prejuízo” (**A falência no Direito Brasileiro**. V.1. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1931, p.61).

¹²³⁹ Consoante pondera Arthur Migliari Júnior, “o caráter multifacetado do direito falencial e recuperacional leva ao conhecimento de dezenas de situações existentes num único processo dessa espécie, envolvendo os mais diferentes campos de atuação de uma empresa em debacle, pois o caráter difuso do envolvimento da unidade produtiva dentro de sua seara de atuação é difusa, também envolvendo os próprios empregados (Direito do trabalho), fornecedores (Direito Civil e/ou Comercial), recolhimento de tributos (Direito Tributário), ambiental (Direito Ambiental), acionistas (Direito Societário), dentre outros, formando, enfim, uma gama incontável de conexões envolvendo um número indeterminado de pessoas e possíveis prejudicados (“O poder de investigação do Ministério Público nos crimes falenciais e recuperacionais”, in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.58).

¹²⁴⁰ Cf. SHIMURA, Sergio Seiji. “A defesa coletiva por meio da ação revocatória”, in SALLES, Carlos Alberto de (coordenador), **As grandes transformações do processo civil brasileiro: estudos em homenagem ao Professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin. 2009, p.921.

antijurídico¹²⁴¹. Relacionada aos preceitos de ordem moral e jurídica, a fraude contra credores, para muitos, dispensa o *animus nocendi* (intuito de prejudicar), “bastando apenas a ciência de que, com a prática do ato, o prejuízo venha a ocorrer”¹²⁴².

Na seara falimentar, a fraude contra credores está disciplinada pela Lei n.11.101/05, que prevê a chamada “ação revocatória falimentar”, quando há necessidade de comprovação da fraude para ser declarada a ineficácia do negócio frente a massa falida¹²⁴³, e a ineficácia objetiva de atos específicos, elencados na lei, que não depende da comprovação do conluio fraudulento, no que, aliás, não destoa da tendência verificada em outros sistemas¹²⁴⁴.

Fora do campo falimentar, a fraude a credores enseja a chamada “ação pauliana”, que, conforme a disposição da lei civil, leva à anulabilidade do ato fraudulento ou, segundo parte da doutrina¹²⁴⁵, apenas a sua ineficácia perante o credor¹²⁴⁶. Se houver, contudo,

¹²⁴¹ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, cit., v.1, 8ª ed., 1984, p.370. Como menciona o autor, “mais modernamente, e digamos, com mais acuidade científica, não se exige que o devedor traga a intenção deliberada de causar prejuízo (*animus nocendi*); basta que tenha a consciência de produzir o dano (p.371).

¹²⁴² Cf. AZZONI, Clara Moreira. **Ação revocatória**: a dimensão da dicotomia “ineficácia objetiva” e “ineficácia subjetiva” (artigos 129 e 130 da Lei 11.101/05). Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. 2012, p.11.

¹²⁴³ Parte da doutrina diz tratar-se de nulidade, com arrimo nas disposições do artigo 166, VII, do CC (Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.298).

¹²⁴⁴ Tome-se como exemplo o Direito espanhol, cuja lei fez desaparecer a “*perturbadora retroacción*”, como técnica de reintegração da massa falida, substituindo-a por um sistema de ações rescisórias que tomam por base um único período suspeito, de dois anos anteriores à declaração do concurso, substituindo o elemento subjetivo da fraude a credores do Direito comum, exigindo a prova do prejuízo causado e protegendo os terceiros de boa-fé, consoante disposições dos arts.71 a 73 da L.C. (Cf. PULGAR EZQUERRA, Juana. “La reforma del derecho concursal español: el nuevo concurso de acreedores”, cit., *in Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal*: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso. 1ª ed., 2005, pp.590). Esses pontos da *Ley 22/2003*, aos quais se refere a autora, não foram modificados pela posterior *Ley 38/2011*.

¹²⁴⁵ Nas claras palavras de Humberto Theodoro Junior: “realmente, não há nulidade ou anulabilidade no art. 129 e tampouco no art. 130 da Lei Falimentar em vigor. O fenômeno jurídico é o mesmo nas duas situações reguladas separadamente pela Lei n.11.101/05. Ambas cuidam de preservar a massa dos efeitos externos do negócio jurídico praticado pelo falido em prejuízo dos credores concursais. A sanção em qualquer das hipóteses legais, não se passa no plano da validade (essa é sempre mantida entre os sujeitos do negócio impugnado), mas no do impedimento de eficácia, apenas em face dos credores prejudicados (massa falida)” (“Algumas notas sobre a ineficácia e a revogação de atos praticados antes da falência (Lei n.11.101/05, arts.129 e 130), *in* ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, pp.316-317).

¹²⁴⁶ Concordamos com Clara Azzoni, para quem “...não há como entender pela anulabilidade do negócio jurídico fraudulento, apesar da letra da lei assim induzir. A tese da anulabilidade é contrária a tudo aquilo que o instituto da fraude contra credores pretende proteger. Entendimento diverso ofereceria proteção – desnecessária e *injusta* – ao devedor, em detrimento do terceiro adquirente”, em determinadas situações (Cf. AZZONI, Clara Moreira. **Ação revocatória**: a dimensão da dicotomia “ineficácia objetiva” e “ineficácia subjetiva” (artigos 129 e 130 da Lei 11.101/05), cit., 2012, p.36).

demanda em curso capaz de reduzir o devedor à insolvência, a hipótese será mais grave, de reconhecimento de fraude à execução, que deve ser reconhecida no próprio processo, independentemente da propositura de demanda específica para essa finalidade.

Em termos de eficácia, o artigo 131 da LRE dispõe que os atos previstos no artigo 129, I a III e VI, não serão declarados ineficazes nem revogados caso tenham sido contemplados no plano de recuperação judicial e praticados na forma nele prevista. Como enfatiza a doutrina, “procurou-se com isso prestigiar a vontade dos credores, tal como manifestada no plano de recuperação. Desse modo, como o plano reflete a vontade dos credores, não seria razoável permitir que o que fora por eles deliberado depois pudesse ser considerado ineficaz em relação à massa”¹²⁴⁷.

Apesar das previsões da LRE¹²⁴⁸, permitindo a prática de atos de alienação de bens do devedor, deve ser considerado que não é qualquer ato de disposição que encontra proteção no sistema previsto para o processo de recuperação judicial e, nesse sentido, deve-se compreender:

1) os fundamentos jurídicos a justificar a eficácia e a ineficácia de atos de disposição durante a recuperação judicial;

2) os meios de defesa dos credores não sujeitos à recuperação judicial, quando atingidos pelo plano, a serem exercidos antes e depois da assembleia de credores, na oportunidade da homologação das deliberações da assembleia pelo juiz.

3) a extensão do controle judicial sobre os atos de alienação previstos no plano, que tenham potencial efetivo de causar prejuízo aos credores na perspectiva da futura falência da sociedade devedora, apesar do fator de consensualidade presente na recuperação judicial.

¹²⁴⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Aspectos processuais da decretação de ineficácia e da ação revocatória falimentar”, *in* ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p.155.

¹²⁴⁸ Quanto aos fundamentos legais, ver artigos 66, 131 e 138 da Lei n.11.101/05.

8.4.2 Análise dos fundamentos da eficácia dos atos de alienação na recuperação judicial

Como alude a doutrina, do ponto de vista jurídico, a empresa é uma atividade que se desenvolve sob bases instrumentais consistentes no estabelecimento, uma universalidade de fato composta de bens materiais e imateriais¹²⁴⁹.

O trespasse do estabelecimento, para ser eficaz diante dos credores, precisa contar com o pagamento dos débitos da sociedade ou com o consentimento dos seus credores¹²⁵⁰. Em situações fora do âmbito da recuperação judicial, a alienação não obsta a cobrança de obrigações no geral e, ainda, de débitos tributários e trabalhistas, desde que anteriores à venda, nos termos em que dispõem as respectivas leis¹²⁵¹, possibilitando a realização de atos de constrição sobre os bens que compunham o estabelecimento, mesmo depois da transferência realizada.

Quando a empresa entra em crise, é inegável a restrição ao crédito ou até mesmo a sua supressão, não obstante seja o acesso a fontes de financiamento um dos fatores determinantes para a recuperação da empresa. O financiamento *DIP (Debtor in Possession)*¹²⁵², que é concedido no curso do processo de recuperação judicial, e aquele que ocorre após a aprovação do plano de recuperação (*Exit finance*) são indispensáveis para a manutenção da empresa, embora no Brasil não tenha se desenvolvido, até o momento, um mercado de crédito direcionado às empresas em recuperação judicial¹²⁵³.

¹²⁴⁹ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e POPPA, Bruno. “UPI e estabelecimento: uma visão crítica”, in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2012, pp.267-270. Como esclarece o autor, são diferentes as ideias de estabelecimento e patrimônio; a primeira se refere ao conjunto de bens, uma universalidade de fato, enquanto que o patrimônio, como universalidade de direito, compreende as relações jurídicas (p.269).

¹²⁵⁰ Cf. art.1.145 do C.C.

¹²⁵¹ Cf. arts. 1.146 do CC, 10 e 448 da CLT e 133 do CTN.

¹²⁵² O financiamento *DIP (Debtor in Possession)* corresponde ao financiamento concedido a uma empresa em estado de insolvência durante o seu processo de reestruturação, para possibilitar a continuidade de suas atividades. Como esclarece a doutrina, nos Estados Unidos o financiamento DIP alcança um grande sucesso, “dando às companhias e aos seus interessados um meio ideal de recuperação de empresas em crise e maximizando o valor para todos os interessados; sejam acionistas, credores ou afins” (KEBREDLE, Richard; PASIANOTTO, Ricardo M. “Os desafios do ‘Financiamento DIP’ em caso de reestruturações brasileiros”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. N. 1. Julho- setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016, p. 2). Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017).

¹²⁵³ Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.294.

Nesse cenário, os devedores, em muitas situações, acabam vendendo ativos durante a recuperação, para pagamento de dívidas ou desenvolvimento de atividades mais lucrativas, além de se valerem da transferência de controle e de outras formas de reorganização societária, como a fusão, a cisão e a incorporação¹²⁵⁴. Em outros países, como nos Estados Unidos, em muitas oportunidades, utiliza-se o processo de reorganização para a venda rápida e eficaz de ativos ao abrigo da lei e repartição do produto entre os credores¹²⁵⁵.

A regra geral disposta no art.66 da LRE aponta no sentido de que, após o ajuizamento do pedido de recuperação judicial, não pode o devedor alienar ou onerar bens ou direitos do seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz¹²⁵⁶, após ouvir o Comitê¹²⁵⁷, salvo aqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial aprovado pelos credores.

Nesse sentido, dentre as formas previstas pela LRE para a superação da crise enfrentada pela empresa, encontram previsão legal, em rol não taxativo, medidas atinentes à reestruturação do seu ativo¹²⁵⁸, sendo possíveis, além da concessão de descontos, extensão dos prazos de pagamento e das operações societárias referidas (fusão, a cisão e a

¹²⁵⁴Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Financiamento e investimento na recuperação judicial”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, pp.271-271.

¹²⁵⁵ Como esclarece a doutrina: “Giant corporations make headlines when they file for Chapter 11, but they are no longer using it to rescue a firm from imminent failure. Many use Chapter 11 merely to sell their assets and divide up the proceeds”. Ao final, os autores que: “Chapter 11 can play its traditional role only in environments in which specialized assets exist, where those assets must remain in a particular firm, where control rights are badly allocated, and where going concern sales are not possible. Our primary focus here has shown that large corporations no longer fit this paradigm. Chapter 11 cannot justify its continued existence on its ability to “save” such firms” (BAIRD, Douglas G., RASMUNSEN, Robert K. “The end of *Bankruptcy*”, in **Stanford LAW Review** 55 (2002-2003), pp.2 e 37. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Último acesso em 15.11.2017.

¹²⁵⁶ Não somente no sistema brasileiro subordina-se a prática de atos de disposição à autorização judicial; no Direito alemão, por exemplo, durante a fase preliminar do procedimento de insolvência, é imposta ao devedor a restrição ao direito de disposição, exigindo-se o consentimento do administrador provisório nomeado no procedimento (§21 da *Insolvenzordnung*) (Cf. TROMPERTZ, Markus, KLOSE, Bernd. “Germany Insolvency Statute (insO)”, cit., in **World Insolvency Systems: a comparative study**. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca, 2009, p.287). Também no sistema italiano, o empreendedor pode continuar na administração de seus bens e na gestão da empresa durante o *concordato*, sob vigilância, entretanto, do comissário judicial, necessitando de autorização do juiz delegado para os atos de administração extraordinária, sob pena de ineficácia dos atos praticados no confronto de créditos anteriores à concordata, a menos que o Tribunal tenha fixado uma alçada de valores para os negócios cuja autorização seja desnecessária (Cf. DANOVI, Alessandro. “Il concordato preventivo dopo le modifiche del ‘Decreto Sviluppo’”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**, Quaderni nº43, 2012, p.10)

¹²⁵⁷ Como aponta a doutrina, dentre esses bens que compõem o ativo permanente estariam os investimentos, participações societárias, imóveis, equipamentos industriais e outros bens do imobilizado, intangíveis, como marcas, patentes, *know how*, e ativos realizáveis a longo prazo (Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, pp.296-297).

¹²⁵⁸ Cf. hipóteses previstas nos vários incisos do artigo 50 da Lei n.11.101/05.

incorporação), os atos de alienação do patrimônio do devedor, como o trepasse do estabelecimento, a dação em pagamento, a venda parcial de bens, o que pode levar à diminuição das garantias dos credores, até que não lhes sejam efetivamente repassados os recursos obtidos com os respectivos negócios realizados.

Dessa forma, dentro do quadro de normalidade no processo de recuperação, são eficazes não somente os atos de disposição de bens isolados¹²⁵⁹, permitidos pelo juiz (art.66 da LRE), mas também a venda de parte do estabelecimento¹²⁶⁰ do devedor, consistente em unidades produtivas isoladas e filiais¹²⁶¹, desde que previstos pelo plano e que não encontrem a oposição da maioria dos credores, ainda que insuficientes para evitar a falência do devedor (art.60, parágrafo único, da LRE).

No campo do Direito do Trabalho, a conclusão sobre a eficácia dos atos de disposição praticados durante a recuperação judicial, contudo, não encontra unanimidade, posto que alguns autores sustentam que, havendo apenas menção aos créditos tributários no artigo 60 da LRE, não há que se estender essa previsão aos créditos trabalhistas, uma vez que as exceções devem ser interpretadas restritivamente¹²⁶². Não nos parece, todavia, ser esse o melhor entendimento, nem mesmo do ponto de vista da literalidade das disposições

¹²⁵⁹ Diferentemente do sistema brasileiro, que prevê a venda da empresa como um todo na falência, no Direito norte-americano, essa possibilidade é prevista na *reorganization* e, como aponta Anthony J. Casey, os credores preferem que a empresa seja vendida em operação, o que muitas vezes é exigido por potenciais compradores e certamente preserva o “going-concern value”. Como explica o autor, “this free-and-clear sale of the entire firm allows the creditor to extract more value than it would outside bankruptcy.” The takeaway is that the value of foreclosure and sale of assets is subject to all of the costs and hurdles of such a sale and is not the same as the value for which the company can be sold in bankruptcy” (“The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11”, cit., in **The University of Chicago Law Review** 78 (2011), n. 3, p.774)

¹²⁶⁰ Consoante leciona Jorge Lobo, com base no magistério de Oscar Barreto Filho, o estabelecimento “é uma *universitas*, ou, mais precisamente, uma *universitas facti*, portanto, um ‘conjunto de objetos de direito’, composto de coisas corpóreas (bens imóveis, móveis e semoventes) e incorpóreas (nome empresarial, insígnias, marcas, patentes de invenção, *know how*, aviamento, etc), que matêm, entre si, ‘uma relação funcional de complementariedade ou interdependência” (Cf. LOBO Jorge. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 231).

¹²⁶¹ As expressões *filiais* e *unidades produtivas isoladas* (UPIs), utilizadas pela lei, ainda causam alguma perplexidade, posto que desprovidas de conteúdo jurídico e empregadas no lugar da acepção técnica de estabelecimento, que, portanto, devem se referir a um complexo de bens destinados à atividade produtiva, segregáveis da empresa (Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e POPPA, Bruno. “UPI e estabelecimento: uma visão crítica”, cit., in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**, 1ª ed., 2012, p.277. Como esclerece o autor, a expressão filial, “já reconhecia a doutrina que se trata de um estabelecimento secundário, mas um estabelecimento de todo o modo” (p.277).

¹²⁶² Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. “A nova Lei de Falências e suas implicações nos créditos dos trabalhadores”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p.492.

da lei, quanto mais da análise do sistema criado pela LRE com relação à ineficácia de atos de disposição de UPIs e filiais na recuperação judicial¹²⁶³.

Veja-se que a lei dispõe claramente que “...não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as tributárias...” (parágrafo único do art. 60 da LRE)¹²⁶⁴, não deixando dúvidas quanto a sua aplicação a quaisquer espécies de obrigação, o que não poderia ser diferente, pois bastaria a responsabilidade patrimonial por uma modalidade de obrigação, para que não se despertasse qualquer interesse aos eventuais candidatos à aquisição de bens da recuperanda.

Diferente situação ocorreria se os atos de alienação de filiais ou unidades produtivas isoladas não fossem consentidos pelos credores, ainda que os respectivos recursos financeiros obtidos servissem para extinguir algumas obrigações da sociedade devedora. Note-se que, havendo a posterior falência, teremos o quadro geral de credores, no qual são levadas em conta as preferências estabelecidas na lei, a serem respeitadas no momento do rateio do produto obtido com a realização do ativo, o que demonstra a necessidade da observância estabelecida pela norma, isso sem falar na violação da igualdade entre os credores, consistente no pagamento antecipado de um credor (trabalhista ou fiscal) em relação aos demais.

O fator de consensualidade que emerge do processo de recuperação modifica, nesse contexto, as consequências pragmáticas dos atos de disposição do patrimônio social, tendo, inclusive, sido declarada a constitucionalidade da regra que possibilita a alienação de estabelecimentos e de outros ativos¹²⁶⁵. Além da perspectiva individualista do credor, como aponta a doutrina, almeja-se “um objetivo socialmente desejável”¹²⁶⁶.

Mas, observe-se, mesmo havendo o consenso entre devedor e credores, caso se trate de fundamento de ineficácia mais grave, no caso a fraude contra credores, como

¹²⁶³ Nesse sentido, também: MUNHOZ, Eduardo, in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e Antônio Sérgio Pitombo. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Lei 11.101/05**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 299.

¹²⁶⁴ Como aponta Leonardo Adriano Ribeiro Dias, a norma reflete o conteúdo do artigo 133 do CTN, após a redação dada pela Lei 118/05 (**Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.254).

¹²⁶⁵ Nesse sentido: STF, Tribunal Pleno, ADI 3934-2/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.27.05.2009.

¹²⁶⁶ Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e POPPA, Bruno. “UPI e estabelecimento: uma visão crítica”, cit., in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**, 1ª ed., 2012, p.276.

pondera Clara Azzoni, sendo demonstrada posteriormente à homologação da decisão da assembleia de credores, cabível a declaração de ineficácia subjetiva por meio da ação revocatória daqueles atos praticados com respaldo em plano de recuperação¹²⁶⁷.

8.4.3 Meio de defesa do credor não sujeito à recuperação judicial atingido pelos atos de disposição previstos no plano

A disposição do artigo 49 da LRE é clara e indica que todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação a ela se sujeitam, mesmo que não vencidos, excluindo-se os créditos cujos fatos jurídicos que lhe deram origem tenham ocorrido após o ajuizamento do pedido¹²⁶⁸. Porém, consoante disposições da Lei n. 11.101/05, nem todos os créditos, ainda que anteriores ao ajuizamento, estão sujeitos à recuperação judicial¹²⁶⁹, no que difere de outros sistemas mais abrangentes, em que todos os credores se submetem ao processo de reorganização do devedor¹²⁷⁰.

Nesse contexto, conforme §§3º e 4º do art. 49 da LRE, estão excluídos da recuperação os créditos garantidos por alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, pelos quais a propriedade dos bens dados em garantia permanece sob titularidade do credor, que pode pleitear a busca e apreensão dos bens móveis¹²⁷¹ ou promover a venda do bem imóvel

¹²⁶⁷ Cf. AZZONI, Clara Moreira. **Ação revocatória**: a dimensão da dicotomia “ineficácia objetiva” e “ineficácia subjetiva” (artigos 129 e 130 da Lei 11.101/05), cit., 2012, p.322.

¹²⁶⁸ Como esclarece a doutrina, “o crédito sujeito pode ser de natureza contratual, extracontratual ou cambiário, bastando que tenha sido originado por fato anterior ao pedido de recuperação – pouco importando que eventual sentença condenatória seja posterior ao pedido” (SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.241). No mesmo sentido: “se o crédito existe ao tempo do pedido, de regra, sujeita-se ele à recuperação judicial, mesmo que a ele não se tenha acrescido a eficácia da pretensão, nem da ação, consoante se pode ler da parte final do art.49 da LRE. Esse crédito pode ser contratual, extracontratual ou cambiário, contanto que tenha nascido por fato anterior ao pedido de recuperação, pouco importando que eventual sentença condenatória seja posterior ao pedido”¹²⁶⁸ (AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.37).

¹²⁶⁹ Se a recuperação proposta tiver como base o plano especial para micro e pequenas empresas, o plano envolverá apenas os credores quirografários, consoante dispõe a Lei n.11.101/05 (art.71, inciso I). Consoante pondera Paulo R. Colombo Arnoldi, “as Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte representam expressivo seguimento empresarial no Brasil, ou seja, noventa e seis por cento, empregando setenta por cento da mão-de-obra. Excluí-las da Nova Lei seria condenar o regime falimentar a aplicação de uma minoria de médias e grandes empresas, representando menos de quatro por cento das empresas nacionais” (“Análise econômico-jurídica da Lei de falências e de recuperação de empresas de 2005”, cit., in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**, 1ª ed., p.148).

¹²⁷⁰ Como no sistema alemão, em que todos os credores do devedor se sujeitam ao *Insolvenzplan*, independentemente da espécie de crédito (Cf. GUGLIELMUCCI, Lino. “La legge tedesca sull’insolvenza (insolvenzordnung): del 5 ottobre 1994”, cit., in **Quaderni di Giurisprudenza Commerciale**, 2000, p.21).

¹²⁷¹ Cf. art 2º do Decreto-lei n.911/69, que alterou o artigo 66 da Lei n.4.728/65.

em execução extrajudicial¹²⁷²; os créditos de arrendamento mercantil, que têm por garantia a propriedade do bem objeto de *leasing*; aqueles derivados de contratos de compra e venda de imóveis com cláusula de irrevogabilidade ou de bens móveis com reserva de domínio, que conservam a posição dos proprietários¹²⁷³; os decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para a exportação¹²⁷⁴ e, também, ao contrário de outros países¹²⁷⁵, os créditos tributários da União, estados e municípios¹²⁷⁶.

Observa a doutrina que aos credores não sujeitos à recuperação foi reservado tratamento mais benéfico, posto que, além de serem mantidos os direitos sobre as coisas que servem de objeto de garantia, são preservadas as condições contratuais anteriormente estipuladas e que acabam por acarretar “grandes dificuldades para a recuperação das empresas que tenham contratos financeiros ou bancários enquadrados em tais situações”¹²⁷⁷.

Não obstante, alguns desses credores podem ser prejudicados pelas medidas de alienação de bens previstas no plano de recuperação, na medida em que esses atos diminuem o patrimônio do devedor e impossibilitam o cumprimento de suas obrigações, se não restarem bens suficientes para cobrir o pagamento das dívidas, como é o caso do credor fiscal, que não ostenta nenhuma das referidas garantias e não se sujeita à recuperação judicial.

¹²⁷² A alienação fiduciária de bens imóveis constitui espécie de garantia do mercado financeiro tendente a assegurar a oferta de crédito imobiliário, que pode fundamentar a execução extrajudicial, nos termos do que dispõe a Lei n.9.514/97. Havendo inadimplência, o devedor é constituído em mora pelo oficial do respectivo Cartório de Imóveis e, caso não haja pagamento, o oficial consolida a propriedade em nome credor fiduciário, que deverá, no prazo de trinta dias, levar o bem a leilão público. Assegura-se ao credor fiduciário e ao arrematante do imóvel a reintegração de posse do bem, conforme art. 30 da Lei n.9.514/97.

¹²⁷³ Cf. art. 521 do C.C.

¹²⁷⁴ Na forma do artigo 75, parágrafos 3º e 4º, da Lei n. 4.728/65.

¹²⁷⁵ Como, por exemplo, no sistema italiano, no qual “la transazione fiscale rappresenta una particolare procedura transattiva tra Fisco e contribuente ed ha ad oggetto la possibilità di pagamento in misura ridotta e/o dilazionata del credito tributario privilegiato, oltre a quello chirografario” (CORTI, Andrea. “La transazione fiscale e previdenziale nel concordato preventivo: profili evolutivi dell’istituto”, in **II nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012, p.32). A transação fiscal, além do *concordato*, pode ser feita pelo instituto regulado hoje pelo art. 182-ter da *Legge Fallimentare*, que exclui apenas os tributos que constituem recursos para a União Europeia, para os quais não tem o Estado italiano competência para transigir. Como esclarece Andrea Corti, se o devedor escolher a via prevista no art. 182-ter da *L.F.* (acordo de reestruturação do débito), para créditos fiscais e previdenciários, deve respeitar a “*par conditio*” e a regra de maioria (p.56).

¹²⁷⁶ Consoante disposto no artigo 187 do CTN, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.11.101/05.

¹²⁷⁷ Cf. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Créditos submetidos à recuperação judicial”, in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas** – Estudos Luso-brasileiros. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p.96.

Como exposto, se fora do âmbito da recuperação o adquirente de estabelecimento responde pelos débitos anteriores¹²⁷⁸, por outro lado, há regra de não-sucessão disposta na LRE¹²⁷⁹, que protege o adquirente de filiais ou unidades produtivas isoladas, na recuperação judicial e também na falência (art.141, II)¹²⁸⁰.

Consoante Eduardo Secchi Munhoz, “se um plano de recuperação que prevê a transferência de controle de uma sociedade, ou uma cisão, ou incorporação, é aprovado pela assembleia de credores e homologado pelo juiz, uma vez efetivada e consumada a operação correspondente (v.g., pagamento do preço, transferência das ações de controle, averbação da cisão no registro de comércio), esta já não pode ser anulada ou ter seus efeitos revertidos no âmbito de eventual recurso processual”. A consumação substancial, segundo o autor, impediria a reversão dos efeitos por meio judicial, solução que encontraria amparo na chamada “*mootness doctrine*”, mantendo-se os atos previstos no plano, pois, do contrário, isso levaria, como pondera o autor, a resultado não equitativo e desencorajaria eventuais interessados nas aquisições¹²⁸¹.

A chamada “equitable mootness”, como aponta a doutrina, ainda pouco explorada no Brasil, desenvolveu-se nos Estados Unidos como resultado da atuação dos tribunais no Direito Recuperacional, tendo por objetivo principal “impedir o julgamento de recursos interpostos contra planos de recuperação cujo exame de mérito mostra-se

¹²⁷⁸ Consoante dispõe o Código Civil (art.1.146), o adquirente de estabelecimento comercial responde pelos débitos anteriores à transferência, se contabilizados, como também o Código Tributário Nacional (art.133) e a Consolidação das Leis do Trabalho (artigos 10 e 448) determinam a responsabilidade do adquirente, respectivamente, pelos tributos referentes ao estabelecimento adquirido e pelos direitos dos trabalhadores em continuidade aos contratos de trabalho em curso.

¹²⁷⁹ Cf. art. 60 da Lei n.11.101/05: “Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei”. Parágrafo único. “O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei”.

¹²⁸⁰ Como pondera Sérgio Pinto Martins, “o objetivo da disposição legal é permitir que o adquirente compre os ativos da massa, transformando-os em dinheiro para o pagamento dos credores, sem que exista a responsabilidade trabalhista ou tributária por sucessão. Do contrário, as pessoas não terão interesse em adquirir bens e, posteriormente, serem responsabilizadas como sucessoras” (“A nova Lei de Falências e suas implicações nos créditos dos trabalhadores”, cit., in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05), 1ª ed., 2015, p.490).

¹²⁸¹ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Financiamento e investimento na recuperação judicial”, cit., in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, pp.287-288

inconveniente após substancialmente implementados”¹²⁸², conforme pressupostos fixados na jurisprudência¹²⁸³.

No entanto, para o Direito brasileiro, em que não há a submissão de todos os credores ao processo recuperacional, parece ser mais razoável o entendimento de que a oportunidade de proteção preventiva a credores não sujeitos à recuperação deve ser possibilitada, a fim de que sejam evitados injustificados prejuízos no futuro, o que reduz sensivelmente a necessidade de construção teórica voltada a justificar a distribuição desses prejuízos.

Note-se, para isso, que a intervenção de terceiro em processo pendente pode derivar de ato espontâneo do interveniente (intervenção voluntária), como também pode ser resultado da provocação das partes, quando há interesse nesse sentido, ou para cumprir determinação judicial (intervenção coata)¹²⁸⁴. Conforme pondera a doutrina, a relação substancial posta em juízo e a pretensão do autor são fundamentais para a determinação da possibilidade de terceiros intervirem no processo, nas hipóteses admitidas pela lei processual¹²⁸⁵.

Diferentemente de outros modelos¹²⁸⁶, não determina a LRE nenhuma forma específica para a intervenção de terceiros, especialmente, para que possam reclamar sobre o

¹²⁸² Cf. SANTOS, Pablo Francisco. “*Equitable mootness* no Direito Recuperacional brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e desenvolvimento”, in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** 77. Julho-setembro, 2017, pp.143-162. Observa o autor que “a teoria da *equitable mootness* não pode ser confundida com o conceito de constitucional *mootness*. Este impõe ao Poder Judiciário somente julgar causas vivas, em que a solução da controvérsia ainda traga alguma utilidade para as partes. Seria, portanto, conceito equivalente ao nosso interesse processual”; já na *equitable mootness*, embora presente o interesse de agir, “o julgamento, no entanto, revela-se iníquo, o que impõe à corte que deixe de julgá-lo” (p.5).

¹²⁸³ Consoante David Reeder, a “*equitable mootness*” constitui uma doutrina quase exclusiva para casos de falência, cujos requisitos para a consumação substancial estão sendo sedimentados na jurisprudência, como a do 9º Circuito da *Court of appeals*, que leva em consideração: “(1) Whether a stay was sought. Failure to seek a stay indicates that the appellant has slept on its rights and *equitable mootness* will likely be found; (2) If a stay was sought and not gained, then the court will then consider whether the plan has been substantially consummated; (3) Then, the court will consider the effect that a remedy may have on third parties who are not before the court; (4) Finally, the court will determine whether, on remand, the bankruptcy court can fashion effective and fair relief without “knocking the props out from under the plan and creating an uncontrollable situation in the bankruptcy court” (“Ruling limits ‘*equitable mootness*’ doctrine in bankruptcy”, in **Daily Journal**, Los Angeles, september, 21, 2015).

¹²⁸⁴ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, cit., tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, v.1, 2º ed., 1985, p. 110.

¹²⁸⁵ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**, cit., 6ª ed., 2011, p.129.

¹²⁸⁶ No Direito italiano, há muito que “i creditori dissenzienti e qualsiasi interessato” podem, com arrimo na lei, opor-se à homologação do concordato, desde que haja efetivamente um interesse jurídico e não mero interesse de fato (Cf. FERRARA, Francesco. **Il fallimento**, cit., p.546).

plano ou sua homologação após aprovado em assembleia. Também o CPC não descreve modalidade de intervenção que possa ser aplicada ao processo de recuperação judicial. Essas constatações, porém, não devem levar à conclusão sobre a impossibilidade de que credores não sujeitos ao processo de recuperação, que possam ser atingidos pelo plano, não tenham meios de reclamar seus direitos, intervindo e dispondo de poderes efetivos para influir no resultado final no processo¹²⁸⁷.

Veja-se que é condição essencial de sobrevivência das instituições democráticas que os direitos subjetivos possam ser de fato exercitados por seus titulares e, acima de tudo, que possam pleitear em juízo a sua eficácia¹²⁸⁸. Lembremos, como aponta a doutrina, que “as normas constitucionais garantem ao cidadão o direito inviolável de agir em juízo para obter a tutela das próprias razões”¹²⁸⁹.

É importante frisar que qualquer reflexão em termos processuais deve sempre partir do “modelo constitucional do processo”, retirando-se desse protótipo o essencial para se pensar no processo civil da Constituição, o que certamente passa por alguns dispositivos, em especial os incisos XXXV, LIV e LV, todos do art.5º, com a oportunidade de participação ativa e relevante dos destinatários da tutela jurisdicional¹²⁹⁰.

Até no processo de execução é admitida a intervenção de outros credores para que possam concorrer ao produto da expropriação, já que, assim como na recuperação, têm eles igual direito de satisfação à custa do patrimônio do devedor comum¹²⁹¹, ressalvadas as

¹²⁸⁷ Como adverte Heitor Vitor Mendonça Sica, “o direito à tutela jurisdicional efetiva não se materializa simplesmente no ato inicial do processo, mas há de compreender um sem-número de poderes que permitam que o litigante realmente participe do processo, apresentando suas alegações de fato e de direito, produzindo provas, com intuito de influir na decisão judicial” (**O direito de defesa no processo civil brasileiro**, cit., 1ª ed., 2011, p.33).

¹²⁸⁸ A defesa dos direitos e o acesso aos tribunais não pode se separar das várias dimensões dos direitos fundamentais e, como ressalta J.J. Gomes Canotilho, de modo geral deve ser “assegurada uma posição jurídica subjectiva cuja violação permite exigir a proteção jurídica. Isso pressupõe, ao lado da criação de processos legais aptos para garantir essa defesa, que se abandone a clássica ligação de justiciabilidade ao direito subjectivo e se passe incluir no espaço subjectivo do cidadão todo o círculo de situações juridicamente protegidas” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., 7ª ed., 2003, p.277).

¹²⁸⁹ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia Costituzionale dell'azione ed il processo civile**, cit., 1970, p.118. (Tradução livre). Como aduz o autor, a proteção constitucional não se limita “alla fase di costituzione del rapporto processuale, ma comprende ogni possibile attività defensiva in ciascun grado del procedimento... poiché soprattutto nel corso del processo si manifesta l'esigenza di un effettivo contraddittorio” (p.148).

¹²⁹⁰ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. “Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias”, cit., in **Revista de Processo**, 2004, p.23.

¹²⁹¹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, cit., tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, v.1, 2º ed., 1985, p. 121. Consoante observa o autor, entre as diversas ações dos credores, “não existe qualquer vínculo de conexão, apenas o fato de se encontrarem reunidas no processo para obter satisfação através do produto dos mesmos bens sujeitos à expropriação” (p.122).

preferencias geradas pela anterioridade das penhoras, caso não seja insolvente o devedor, e os direitos reais de garantia, que podem gravar determinados bens do devedor.

Como aponta Alberto Camiña Moreira, “o juiz da recuperação não examinará a sucessão, tema que não lhe será levado à cognição. Ainda que o arrematante peça para que o juiz da recuperação reconheça, ou declare, não existir sucessão, isso, caso ocorra, será completamente ineficaz”¹²⁹².

Mas, se não pode o juiz da recuperação declarar a ausência de sucessão ou de responsabilidade do adquirente, ao menos deve, havendo oposição do interessado, impedir que ocorra a alienação, quando sobre o bem alienado deva incidir a responsabilidade patrimonial sobre outras obrigações da devedora.

Na recuperação judicial, embora a ela não se sujeitem todos os credores¹²⁹³, é inegável que o patrimônio do devedor comum a todos interessa e que a sua diminuição desproporcional em relação a todos os créditos – sujeitos e não sujeitos à recuperação – poderá afetar legítimos interesses. Veja-se, nesse contexto, que o artigo 55 da LRE faculta a qualquer credor possa manifestar sua objeção ao plano de recuperação judicial, no prazo que dispõe.

¹²⁹² Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. *In*: LIMA, Osmar Brina Correia (coordenador). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p.412.

¹²⁹³ Na recuperação extrajudicial, há maior liberdade ao devedor pela possibilidade de selecionar os credores, exceto os fiscais e trabalhistas, com os quais poderá negociar o plano de recuperação, que somente valerá para aqueles que aderirem expressamente, como uma forma de negociação parcial (Cf. ARNOLDI, Paulo R. Colombo. “Análise econômico-jurídica da Lei de falências e de recuperação de empresas de 2005”, cit., *in* **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal**: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso, 1ª ed., p.146).

Não obstante, apesar da literalidade da lei, a prerrogativa de oposição ao plano pelo credor não sujeito à recuperação tem encontrado resistência na doutrina¹²⁹⁴ e divergência na jurisprudência¹²⁹⁵.

Porém, a interpretação não restritiva da disposição contida no artigo 55 da LRE, que permite que qualquer credor possa oferecer objeção ao plano, inclusive aquele não sujeito à recuperação judicial, como é o caso do credor fiscal, parece ser a mais correta¹²⁹⁶, justamente porque mais eficiente para a realização plena do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em favor de credores não sujeitos à recuperação, pela forma preventiva de solucionar conflitos e pela economia de tempo e recursos proporcionada.

Veja-se que a existência de remédios processuais, consoante esclarece Yarshell, deve ser vista sob ângulo da cobertura geral derivada do princípio da inafastabilidade e, deste modo, “do poder ou direito de ação, com a marca da atipicidade que os caracteriza. Para usar a mesma imagem, o princípio da inafastabilidade estabelece um remédio de amplo espectro, apto a atingir as mais variadas situações substanciais carentes de tutela”¹²⁹⁷.

¹²⁹⁴ Nesse sentido: SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.313, nota 952; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.250. Consoante aduzem Ayoub e Cavali, somente os credores sujeitos ao concurso recuperacional podem objetar (p.250) e que “as objeções não constituem matéria a ser deslindada judicialmente, apenas conduzem à necessidade de convocação da assembleia geral de credores, que deliberará sobre o plano” (p.254). Concordamos parcialmente com essa assertiva, pois, como meio para externar a rejeição inicial à proposta do devedor, a objeção versa sobre a matéria que está sob a disponibilidade dos credores; contudo, se aceita a tese de que a objeção pode veicular o inconformismo de credores não sujeitos à recuperação, caberá ao Judiciário decidir sobre a pretensão posta em juízo e não os credores em assembleia.

¹²⁹⁵ Já se decidiu que o credor fiscal não tem legitimidade para intervir no processo de recuperação judicial. Nesse sentido: AI. 0202767-13.2012.8.26.0000, Comarca de Araçatuba, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 17.02.2014. Em sentido oposto, já se admitiu implicitamente a legitimidade do fisco para intervir na recuperação judicial, ao se reconhecer a pretensão da Fazenda ao recebimento do seu crédito com preferência aos demais, sujeitos à recuperação, do valor gerado com a venda de imóvel, consoante previsto no plano de recuperação (AI. 0183040-68.2012.8.26.0000, Comarca de Guarulhos, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 26.02.2013).

¹²⁹⁶ Nesse sentido: SIMÃO FILHO, Adalberto. “Interesses transindividuais dos credores nas assembleias gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial”, cit., Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, coord., *in* **Direito recuperacional**. Aspectos Teóricos e Práticos. 1ª ed., 2009, p.49; MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. “A nova posição dos credores na Lei de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/05”, *in* **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. N. 1. Julho- setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016, p. 2). Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017. Como sugere Arthur Migliari Jr., devem os credores apresentar “formulas capazes de compor os débitos tributários, evitando a ação deletéria do fisco sobre os destinos do devedor, prejudicando o êxito do plano de recuperação” (p.8).

¹²⁹⁷ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.81.

A jurisdição não pode se resumir a declarar ou reconhecer direitos, mas deve incluir também o poder-dever de torná-los concretos em todas situações¹²⁹⁸ e, pela norma disposta no artigo 5º, XXXV, da CF, também a ameaça a direito não pode ter sua apreciação excluída do Poder Judiciário; trata-se do direito de acesso antes da concretização da lesão¹²⁹⁹. A cobertura da garantia da inafastabilidade inclui, assim, “o dever do juiz de julgar tudo aquilo que foi pedido”¹³⁰⁰.

Nesse contexto, é de se concluir sobre a possibilidade de intervenção de credores não sujeitos à recuperação, desde a participação em assembleia¹³⁰¹ e especialmente para impugnar o plano proposto, invertendo-se o momento da atuação jurisdicional, para, de forma preventiva, impedir a submissão do plano de recuperação à assembleia, quando preveja atos de alienação que impliquem na impossibilidade de cumprimento das obrigações do devedor frente a credores não sujeitos à recuperação judicial, ou, se já realizada assembleia, para que aqueles possam se opor à aprovação do plano, se demonstrarem o prejuízo desproporcional que lhes for causado, concedendo-lhes todas as garantias que devem estar previstas no “modelo constitucional do processo”¹³⁰².

Some-se que o controle jurisdicional difuso, que é realizado nos diversos processos individuais movidos em face do devedor comum, conforme prevê a doutrina, aumenta os níveis de insegurança e incerteza quanto à questão da sucessão do adquirente pelos débitos da recuperanda, como também prolonga o tempo em que serão resolvidas tais questões¹³⁰³.

¹²⁹⁸ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. “Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias”, cit., in **Revista de Processo**, 2004, p.25

¹²⁹⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, cit., 6ª edição, p. 372.

¹³⁰⁰ Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**, cit., 1ª ed., p.128.

¹³⁰¹ Cf. MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. “A nova posição dos credores na Lei de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/05”, cit., in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, n.1, 2016, p. 2.

¹³⁰² Como esclarece Ricardo de Barros Leonel, a existência de um modelo constitucional do processo garante, por força dos princípios e garantias constitucionais, um modelo mínimo que deve ser seguido pelo legislador infraconstitucional ao tratar das regras processuais, que se apresenta “como ponto de inflexão fundamental”, indicador da existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, e que, por outro lado, deve ser cumprido pelo Judiciário para legitimar a intervenção estatal através do processo como meio de solução de conflitos (“Garantismo e direito processual constitucional”, cit., in **Garantismo Processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo**, 1ª ed., 2016, pp.118-119).

¹³⁰³ Cf. MUNHOZ, Eduardo, in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e Antônio Sérgio Pitombo. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Lei 11.101/05**, cit., 2ª ed., 2007, p. 302.

Desta maneira, a possibilidade de credores não sujeitos à recuperação se insurgirem ao plano apresentado ou mesmo depois de aprovado em assembleia, no momento de sua homologação pelo juízo¹³⁰⁴, além da oportunidade de manifestação e de produção de eventuais provas em igualdade de condições aos demais sujeitos do processo¹³⁰⁵, administrador judicial, credores e Ministério Público¹³⁰⁶, inclusive com o direito de recorrer¹³⁰⁷, o que certamente resguardará muitos interessados dos problemas derivados da consolidação substancial dos negócios de alienação, evitando a consumação dos prejuízos deles resultantes.

8.4.4 A extensão do controle jurisdicional sobre os atos de disposição na recuperação judicial

Se, por um lado, o fator de consensualidade entre devedor e credores é determinante para a manutenção dos efeitos dos negócios levados a termo na recuperação judicial, por outro, não se pode olvidar que podem ser atingidos legítimos direitos pelos atos de alienação.

Nesse contexto, é preciso compreender qual é a medida de incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional nessa matéria, ou seja, qual a extensão

¹³⁰⁴ É inegável, por exemplo, que o credor fiscal tenha “interesse para insurgir-se contra a concessão da recuperação judicial” (CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Créditos submetidos à recuperação judicial”, cit., in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas** – Estudos Luso-brasileiros, 1ª ed., 2015, p.104).

¹³⁰⁵ Como observa Ricardo de Barros Leonel, “o processo deve ser justo para todos as partes que nele operam, vale dizer, para o autor, para o réu e para os terceiros intervenientes” (“Garantismo e direito processual constitucional”, cit., in **Garantismo Processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo, 1ª ed., 2016, p.133).

¹³⁰⁶ A premissa de que seria imprescindível a atuação do *Parquet* no processo de recuperação judicial parte da necessidade de tutela de interesses diversos daqueles diretamente envolvidos, como o de consumidores, investidores (desde que o devedor seja companhia de capital aberto), demais pessoas físicas e jurídicas que atuam no mesmo ramo de mercado que a recuperanda e a sociedade no geral, que, em suma, por uma maneira ou outra, são afetados pela existência e atuação da empresa. Como esclarece Sheila Christina Neder Cerezetti, no “Direito Brasileiro poder-se-ia dizer que a participação do Ministério Público nos procedimentos concursais funcionaria como meio de proteger interesses outros que não aqueles diretamente representados, na medida em que o promotor pode se manifestar sobre o plano antes da assembleia-geral de credores e deve agir em defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais” (**A recuperação judicial de sociedade por ações**, cit., 1ª ed., p.337). Em sentido contrário, defendendo a atuação mínima do Ministério Público na recuperação judicial: COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.29.

¹³⁰⁷ Embora o “duplo grau de jurisdição” tenha deixado de ser um dogma, como observa Oreste Nestor de Souza Laspro, continua relevante diante da função nomofilática, garantindo que “situações idênticas terão o mesmo julgamento, na medida em que oriundas do mesmo órgão julgador” (**Duplo grau de jurisdição no Direito Processual Civil**. 1ª edição. São Paulo: RT. 1995, p.178).

do controle jurisdicional sobre os atos de disposição na recuperação e quais limites da autonomia da vontade pelo consenso a que podem chegar devedor e credores, quando se trata de alienação de bens.

Em resposta a essas indagações e tendo em conta a proteção contra a sucessão em relação aos débitos diante da alienação de bens do devedor na recuperação, algo que se dá com vistas à preservação da empresa, sem se descurar da proteção das partes e de credores não sujeitos aos efeitos do processo, que podem ser atingidos pelas medidas preconizadas no plano, é possível concluir que:

1) Havendo previsão dos atos de alienação no plano de recuperação, deve haver o controle judicial para que a venda não incida sobre toda a empresa¹³⁰⁸, configurando “uma liquidação completa sem o respeito à ordem de privilégios da falência”¹³⁰⁹.

2) Caso se trate da venda de bens individuais¹³¹⁰, também é necessário o controle judicial para a alienação de ativos, demonstrando-se a utilidade que possa representar para o reergimento do devedor¹³¹¹, para que seja eficaz em relação aos credores; do contrário, haverá sucessão de responsabilidade ao adquirente por débitos da recuperanda (art.66 da LRE).

3) Para a venda de filial ou unidade produtiva isolada¹³¹², também é imprescindível o controle judicial, para que haja discriminação pormenorizada, “com a

¹³⁰⁸ Consoante a doutrina, a alienação não deve recair sobre a empresa, o seu “*core business*”, nem conter vícios materiais ou formais diante das disposições do art. 142 da LRE (Cf. LOBO Jorge. *In* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**, cit., 4ª ed., 2010, p. 233).

¹³⁰⁹ Cf. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. “Sociedade em recuperação judicial – assembleia geral de credores”, *in* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** 164/165. 2013. p.213. Nesse sentido, também: BORGES FILHO, Daltro de Campos; LEVY, Daniel de Andrade. “A sucessão das dívidas resultantes da Lei Anticorrupção (Lei n.12.846/2013) na recuperação judicial”, *in* **Revista do Advogado. São Paulo**. 36. n.131. Outubro. 2016, p.50.

¹³¹⁰ Consoante observa Leonardo Dias, a LRE não foi feliz ao referir-se apenas à filiais e unidades produtivas isoladas para isentar o adquirente da sucessão por débitos, eis que muitas empresas têm ativos como terrenos, máquinas e bens móveis que podem alienar ou ofertar como garantia, para obter a liquidez de que necessita, sem que isso inviabilize as suas atividades (Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.254).

¹³¹¹ Nesse sentido: AI. 2101975-75.2016.8.26.0000, Comarca de Monte Alto, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, v.u. j. 28.09.2016; AI. 2017126-78.2013.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, v.u. j. 09.12.2013.

¹³¹² Consoante Camiña Moreira, “tanto a filial como a unidade produtiva isolada são aquelas que, desmembradas do estabelecimento originário, poderão continuar operando empresarialmente na produção de bens e serviços; é uma forma de preservação de ativos produtivos, de racionalização e reorganização na administração da empresa devedora, de preservação de empregos etc, em consonância com o art.47” da LRE

indicação concreta dos elementos do ativo a serem alienados, condições de vendas e destinação do capital a ser apurado”¹³¹³, não bastando, como já se decidiu reiteradamente¹³¹⁴, a previsão genérica de alienação de ativos no plano de recuperação¹³¹⁵. Mesmo que a lei não preveja expressamente a necessidade de indicação do destino dos valores provenientes da alienação, esse parece ser esse o entendimento correto¹³¹⁶, que garante que os recursos serão utilizados para o reerguimento da empresa em crise; afinal de contas, o patrimônio do devedor não deixa de ser a garantia de seus credores.

4) O controle judicial também deve incidir para que a alienação de filiais, UPIs ou de bens individualizados ocorra com observância das formalidades constantes das disposições do artigo 142 da LRE, ou seja, por leilão, por proposta ou pregão¹³¹⁷, antecedida de avaliação e da publicação de editais, para que seja eficaz perante todos credores¹³¹⁸, ficando o adquirente isento da sucessão por débitos da recuperanda¹³¹⁹. A venda extrajudicial, como aponta Alberto Camiña Moreira, apesar de ser “mais ágil e menos fiscalizada, não conta com a vantagem de excluir a sucessão, já que lhe incide o disposto no

(Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. *In*: LIMA, Osmar Brina Correia (coordenador). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 402).

¹³¹³ Nesse sentido: AI. 2011357-84.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fábio Tabosa, v.u. j. 24.06.2015.

¹³¹⁴ Nesse sentido: AI. 2195360-48.2014.8.26.0000, Comarca de Pontal, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Claudio Godoy, v.u. j. 24.06.2015; AI. 2099683-88.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 10.04.2015; AI. 2260720-90.2015.8.26.0000, Comarca de Ibitinga, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fábio Tabosa, v.u. j. 11.05.2016. Como destacou o relator, Des. Fábio Tabosa, também não basta a referência, no plano, ao rol de alternativas do art. 50 da LRE, porque, “dizer que se poderá futuramente fazer tudo o que permite o art. 50, conforme a conveniência, é o mesmo que nada, e frustra os objetivos da lei” (p.13).

¹³¹⁵ Nesse sentido: AI. 0007430-86.2012.8.26.0000, Comarca de Campinas, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Araldo Telles, v.u. j. 18.12.2012. Consoante apontou o relator, Des. Araldo Telles, “não se objeta, é bem verdade, que se faça a venda de forma direta, como quer o plano, mas, nesse caso, o adquirente sujeitar-se-á à sucessão das obrigações. Para que incida a regra do parágrafo único do art. 60 da Lei Falimentar é preciso que se dê cumprimento ao art.142 do mesmo diploma legal” (p.8).

¹³¹⁶ Cf. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**, cit., 1ª ed., p.257.

¹³¹⁷ Como esclarece Manuel Justino Bezerra Filho, a venda deve ser judicial e não se pode falar em dar “maior elasticidade” ao art.142 da LRE, para permitir a venda por outras modalidades, como as dos arts. 144 e 145, já que esses dispositivos se aplicam somente à falência. (Cf. BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**, cit., 10ª ed, 2014, p.183).

¹³¹⁸ Nesse sentido: AI 0151283-56.2012.8.26.000, Comarca de São José do Rio Preto, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j.23.04.2013; AI 2079780-96.2016.8.26.0000, Comarca de Guarulhos, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j.05.08.2016.

¹³¹⁹ Nesse sentido: LOBO Jorge. *In* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**, cit., 4ª ed., 2010, p. 233.

artigo 1.146 do Código Civil”¹³²⁰. Tais precauções se justificam, como esclarece a doutrina, para: garantir a otimização do procedimento, assegurar o objetivo de recuperação da empresa em crise, bem como para a proteção dos credores e também dos adquirentes, já que estes não se envolveriam em operações dessa espécie diante do risco de sucessão¹³²¹.

5) Também não pode ser considerada eficaz a venda de unidade produtiva isolada, quando se trate de estabelecimento único do devedor, ou de bens individuais, quando se torne inviável a continuidade das atividades, não remanescendo bens suficientes para garantir o pagamento de créditos não sujeitos à recuperação judicial ou para gerar renda suficiente à adimplência desses créditos^{1322/1323}. Lembremos, como pondera Francisco Satiro, que a venda de ativo na recuperação judicial serve à consecução dos objetivos de garantia da continuidade empresarial, porém, sem prejuízo dos credores não submetidos¹³²⁴. A regra, contudo, comporta mitigação se o valor apurado com a venda na recuperação for destinado exclusivamente ao pagamento de credor que, na falência, ocupasse posição mais elevada do que a do credor que não se submeta à recuperação, como, por exemplo, o pagamento de créditos essencialmente de natureza trabalhista¹³²⁵.

6) Em relação aos bens constritos judicialmente, sobre os quais incida, por exemplo, penhora, arresto ou sequestro em execuções individuais de credores não sujeitos à

¹³²⁰ Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. *In*: LIMA, Osmar Brina Correia (coordenador). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p.400.

¹³²¹ Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.60; SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.339.

¹³²² Nesse sentido: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e POPPA, Bruno. “UPI e estabelecimento: uma visão crítica”, cit., *in* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**, 1ª ed., 2012, p.277.

¹³²³ Em sentido contrário: AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.56. Aduzem os autores que os credores não sujeitos à recuperação não podem se opor às “alterações na composição patrimonial geral da empresa devedora. Por isso, eventual alienação de ativos realizada em consonância com o plano aprovado e homologado será eficaz inclusive perante esses credores não sujeitos ao plano” (p.56). Todavia, não parece ter sido esse o objetivo do legislador, já que legitimaria a proteção apenas dos credores sujeitos à recuperação em detrimento de outros que não se submetem ao processo, conferindo uma solução parcial e não equânime para o problema da insuficiência patrimonial e da crise da empresa.

¹³²⁴ Cf. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. “Sociedade em recuperação judicial – assembleia geral de credores”, cit., *in* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 164/165**, 2013, p.213. Como enfatiza o autor, “ao se entender livre a possibilidade de realização dos ativos relevantes do devedor na recuperação judicial se estará alijando os credores extraconcursais (justamente os privilegiados) do processo decisório acerca do bem que, em última análise, seria a grantia de sua prioridade”; para o autor, haveria “disposição sobre direitos de terceiros em interesse próprio” (p.214). Referindo-se a um caso específico, conclui Francisco Satiro que a alienação de UPI somente seria lícita “se não importasse nenhum prejuízo aos credores que não participavam da recuperação judicial” (p.217).

¹³²⁵ Nesse sentido: AI. 003763-19.2016.8.26.0000, Comarca de Pontal, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Hamid Bdine, v.u. j. 03.06.2016.

recuperação judicial, necessária a disponibilização de outro bem do devedor para constrição, sob pena de ser ineficaz a transferência do domínio diante do credor não submetido à recuperação¹³²⁶. Assim, por exemplo, se o bem penhorado em execução fiscal for vendido na recuperação, a alienação não será eficaz em relação aos créditos tributários^{1327 1328}, a menos que seja indicada a substituição de bens suficientes para penhora ou diante da exceção acima referida, de venda destinada ao pagamento de créditos de maior proeminência na falência.

7) Na alienação ou substituição de bens gravados com ônus reais, como o penhor ou a hipoteca, o devedor se obriga a providenciar a aquiescência expressa do credor titular da garantia, consoante disposto no parágrafo 1º do art.50 da LRE¹³²⁹.

8) No caso de contemplar o plano de recuperação medidas de reestruturação societária, como a cisão, a incorporação ou a fusão, sendo vertidos bens do patrimônio da recuperanda, imprescindível o controle judicial sobre a proporcionalidade da transferência de ativos e passivos, para que não haja desequilíbrio em relação à responsabilidade patrimonial das sociedades envolvidas, reduzindo a possibilidade de recebimento dos credores, caso venha a ser decretada a quebra do devedor. Não valem também as previsões genéricas constantes do plano de recuperação tendentes à consecução de reestruturações societárias, que devem, portanto, ser pormenorizadas e justificadas¹³³⁰.

9) Mesmo diante do consenso e da homologação da deliberação da assembleia de credores, se for constatado conluio fraudulento, caracterizador da fraude contra credores, e se houver posterior falência, nada impede a declaração de ineficácia subjetiva, que deverá

¹³²⁶ Nesse sentido: LOBO Jorge. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**, cit., 4ª ed., 2010, p. 234.

¹³²⁷ Cf. MUNHOZ, Eduardo, in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e Antônio Sérgio Pitombo. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Lei 11.101/05**, cit., 2ª ed., 2007, p. 301. Como destaca o autor, não é o caso de sucessão, mas tão somente de ineficácia da alienação, pois, do contrário, na insuficiência do bem penhorado, o credor fiscal poderia voltar-se à integralidade dos bens do adquirente (p.301).

¹³²⁸ Nesse sentido: AI. 0227587-33.2011.8.26.0000, Comarca de Boituva, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 30.10.2012.

¹³²⁹ Nesse sentido: AI 2100848-39.2015.8.26.0000, Comarca de Franca, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, v.u., j.09.09.2015.

¹³³⁰ Nesse sentido: AI. 2260720-90.2016.8.26.0000, Comarca de Ibitinga, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fábio Tabosa, v.u. j. 11.05.2016.

se dar por meio da ação revocatória dos atos praticados com base no plano de recuperação (artigo 130 da LRE)¹³³¹.

Tomando por base a importância das medidas que constam do plano de recuperação e o potencial de interferência na esfera jurídica alheia, inegável a necessidade do controle jurisdicional, para que sejam evitadas lesões aos direitos de credores sujeitos e não sujeitos à recuperação. A coibição do esvaziamento patrimonial da sociedade na recuperação judicial tem como razão essencial, consoante aponta Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, o fato de que a liquidação de uma companhia somente poderá ocorrer no ambiente da falência, “porque só na falência há regras de repartição do pagamento para todos os credores, indiscriminadamente”¹³³².

8.5 O controle jurisdicional à rejeição do plano de recuperação: o chamado “*cram down*”

Consoante dispõe o artigo 58 da LRE, a recuperação judicial deverá ser concedida se for aprovado o plano, o que se dá quando não há objeções dos credores ou, havendo, que tenha sido o plano aprovado na assembleia em todas as classes pelo quórum previsto no artigo 45 da mesma lei. O § 1º do artigo abre outra possibilidade de concessão da recuperação ainda que não atingido o referido quórum, se forem atendidos alguns requisitos.

Essa forma de superação do veto ao plano proposto, apesar de restrita, constitui tendência seguida pelo legislador brasileiro com base em evidente inspiração no Direito norte-americano, incorporando o mecanismo conhecido por “*cram down*”, cujos requisitos,

¹³³¹ Nesse sentido: AZZONI, Clara Moreira. **Ação revocatória**: a dimensão da dicotomia “ineficácia objetiva” e “ineficácia subjetiva” (artigos 129 e 130 da Lei 11.101/05), cit., 2012, p.322; CLARO, Carlos Roberto. “Apontamentos sobre a ineficácia relativa e revogação de ato na falência”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa 1**. Julho- setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016; COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.406.

¹³³² Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e POPPA, Bruno. “UPI e estabelecimento: uma visão crítica”, cit., in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**, 1ª ed., 2012, p.285.

previstos pelas regras contidas no disposto nos §§ 1º e 2º do art.58 da Lei n.11.101/05, devem ser atendidos de forma cumulativa¹³³³.

Como aponta a doutrina, contudo, a possibilidade de superação do veto de uma classe de credores ao plano de recuperação, na forma como preconizado no artigo 58 da LRE, constitui um *quórum* fechado¹³³⁴ e não chega a ser o correspondente *cram down* do direito estrangeiro, eis que apenas criou um quórum alternativo para a aprovação do plano pela assembleia geral¹³³⁵.

Presentes as situações especificadas no referido artigo, o juiz *poderá conceder a recuperação judicial*, não tendo o legislador utilizado a palavra “*deverá*”, o que pode fazer concluir que não têm os interessados direito subjetivo em relação a homologação automática da deliberação da assembleia de credores no caso de atendimento do quórum especial.

É fato que a lei concursal relaciona instrumentos legais para o aproveitamento do conjunto produtivo da empresa na falência¹³³⁶, para o cumprimento de sua função social, em consonância com o disposto na Constituição Federal (arts. 5º, XXIII e 170, III)¹³³⁷. Não obstante, essa finalidade não é alcançada com a liquidação de empresas viáveis, cujo valor de operação (*going concern value*) seja superior a aquele que se obteria em caso de liquidação¹³³⁸.

¹³³³ Nos termos do art.58, §§ 1º e 2º, da Lei n.11.101/05, que devem ser atendidos de forma cumulativa para autorizar a superação do veto.

¹³³⁴ Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. “Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público”, in: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (org.). **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p.258.

¹³³⁵ Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. “Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa – configuração e limites”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, cit., 1ª edição, p. 359.

¹³³⁶ Consoante destaca Adriana Valéria Pugliesi, “o ideal preservacionista da falência está, na maximização do valor dos ativos, pela preservação do *going concern value*”, dando cumprimento a uma das funções do Direito Concursal moderno e, no destaque desse objetivo, como acentua a autora, a “preservação do negócio não é só compatível, mas desejável, sempre que esta medida possa resultar na maximização da satisfação dos credores e na melhor alocação dos ativos, preservando sua organização” (**Direito Falimentar e preservação da empresa**, cit., 1ª ed., 2013, p.281).

¹³³⁷ Cf. MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**, cit., 2012, p.237. Afirma o autor que, “se o fundamento para que se considere abusivo o voto do credor optante pela falência é a violação do fim econômico e social desse direito político, em razão da negativa de atribuição de função social ao arranjo produtivo, essa afirmação verifica-se falsa. Exatamente porque, no sistema dualista brasileiro, a opção pela via falimentar não resulta na negativa de atribuição de função social ao arranjo produtivo” (p.237).

¹³³⁸ Cf. CAVALI, Cássio. “A teoria da recuperação da empresa na recuperação judicial”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015, p.200. Como ressalta o autor, embora

O processo de recuperação judicial também tem esses objetivos, de realização da função social da empresa e do direito de crédito, não sendo perseguidos tão somente interesses privados; há também interesses públicos relacionados ao aproveitamento de empresas ainda viáveis e até mesmo de que seus credores recebam, na medida máxima possível, os créditos a que têm direito, eis que todos os agentes se encontram inseridos na economia de mercado e na sociedade, que se ressentem dos efeitos negativos da inadimplência. Não se trata aqui de averiguar se devem prevalecer as pretensões individuais ou aquelas de maior amplitude, porque há evidente intersecção de interesses públicos e privados no desfecho favorável à solução da crise da empresa¹³³⁹.

De maneira geral, o legislador sempre pode optar por dois caminhos: pode impor estrita obediência ou deixar ao juiz certa margem para agir, “mais ou menos livre”¹³⁴⁰. Parece clara a opção da LRE, pois não dispõe sobre nenhuma exceção, não deixando ao órgão jurisdicional poder discricionário e nem ao menos se referindo a conceitos abertos ou indeterminados, que permitam margem de interpretação da regra para adotar solução diversa da que fora determinada pela assembleia, seja para conceder a recuperação ou determinar a quebra do devedor¹³⁴¹, a menos que haja contrariedade ao direito na solução eleita pelos credores.

cotidianamente seja associada a noção de empresa ao conceito de empresário, ou seja, ao perfil subjetivo da empresa, “a literatura jurídica invariavelmente descreve o conceito econômico de empresa como a organização dos fatores de produção para a obtenção de um produto destinado à satisfação das necessidades alheias com o objetivo de obtenção de lucro”. Complementa o autor que “poderão ser formulados tantos e tão díspares conceitos jurídicos de empresa quantas forem as teorias econômicas de empresa”; não obstante, prevalece o conceito econômico de empresa formado pela economia neoclássica, embora haja “espaço” para conceitos de outras escolas do pensamento econômico (p.208). No dizer de Alberto Asquini, o conceito de empresa se refere a um fenômeno econômico poliédrico, o qual, sob o aspecto jurídico, apresenta diversos perfis que se relacionam aos elementos que o integram, o que leva à variação de definições jurídicas para o termo empresa, que ora se refere à empresa como empresário, como atividade empresarial, como patrimônio azidental, como estabelecimento e como instituição (Cf. ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”, in **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro** 104. Outubro- dezembro. 1996. Pp. 105-126. Tradução de Fábio Konder Comparato do artigo original: “Profilli dell’impresa”, in **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**. V.41. N.1. 1943. Pp.75 e s.s.).

¹³³⁹ Conforme enunciado n.1 da Jurisprudência em teses do STJ – Recuperação Judicial I: A recuperação judicial é norteadada pelos princípios da preservação da empresa, da função social e do estímulo à atividade econômica, a teor do art. 47 da Lei n.11.101/05”.

¹³⁴⁰ Cf. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva. 1947, p.23. Como observar o autor, nos diversos sistemas, ao lado das disposições em que não se abrem alternativas, outras existem que atribuem diversas delegações ou normas em branco “que atestam a larga confiança do legislador na valoração judicial” (p.24).

¹³⁴¹ Nesse sentido: MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.287.

Há divergência na doutrina e na jurisprudência quanto ao acerto da opção do legislador, que impossibilitou o juiz de superar o veto ao plano.

Consoante parte da doutrina, “relativizar quóruns previstos na lei é torná-los inúteis. A lei estabelece parâmetros mínimos, não tendo o juiz competência para modificá-los com base em uma interpretação subjetiva do caso sob seu julgamento”¹³⁴². Certos aspectos econômicos do plano de recuperação judicial ficam subjacentes às normas legais e, como aponta Raquel Sztajn, é necessário que “se respeite o critério de eficiência e que o aplicador da lei não se deixe levar por motivações ideológicas assistencialistas em que a preservação de atividades inviáveis seja deferida para atender alguns interesses de certa parcela da sociedade (civil)”¹³⁴³.

Parte da doutrina, porém, sustenta que na lei brasileira os critérios de superação do veto “foram pobremente definidos, permitindo, de um lado, excessivas violações ao princípio da *absolute priority* e, por outro, podendo levar à prevalência de posições puramente egoísticas assumidas por uma determinada classe, em detrimento do interesse da sociedade”, o que recomendaria a adoção de critérios mais adequados “à consecução da função pública da Lei de Recuperação”, permitindo o maior poder de interferência do juiz nessa matéria¹³⁴⁴. Assim, para alguns, seriam muito restritas as atribuições do Judiciário, podendo a conduta do devedor ou de credores “revelar situações injustas a demandar a atuação do Estado-juiz”¹³⁴⁵.

Com relação ao tratamento isonômico dos credores, já nos manifestamos no sentido de que o juiz não está vinculado à decisão da assembleia, não devendo homologá-la caso haja insurgência justificada com relação ao tratamento não equitativo de credores na mesma posição ou violação da regra de prioridade entre os credores, matérias que devem ser

¹³⁴² Cf. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. “Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa – configuração e limites”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, cit., 1ª edição, p.365.

¹³⁴³ Cf. SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), cit., 2ª ed., 2007, p.222.

¹³⁴⁴ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.292.

¹³⁴⁵ Cf. BATISTA, Carolina Soares João, CAMPANA FILHO Paulo Fernando, Miyazaki, Renata Yumi e CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Contribuições Interpretativas *“Best Interest of Creditors”* ou *“Unfair Discrimination”*”, cit., in **RDM 143**, pp. 202-203.

submetidas ao controle do magistrado, sob pena de violação dos princípios da isonomia e da inafastabilidade do controle jurisdicional¹³⁴⁶.

Também outras fundamentais questões não devem ser subtraídas do controle judicial, como em relação à formação do litisconsórcio ativo, quando se trate de grupo de empresas; ou da suficiência das informações prestadas; da regularidade do processo e mais especificamente do procedimento da assembleia; ou à análise do exercício abusivo da proposta do devedor; do abuso do direito de voto do credor, ou mesmo da constatação de lesão a direito de credores dissidentes ou não sujeitos aos efeitos da recuperação, seja por fraude ou causas que impliquem na futura ineficácia dos atos de alienação previstos no plano, que podem levar o órgão judicial a uma solução diversa da simples homologação da decisão da assembleia de credores.

Mas, fora dessas situações, no que toca ao exercício da jurisdição, para que não haja ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, poderia o juiz conceder recuperação judicial que não atendesse aos requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 58 da Lei n.11.101/05 ou deixar de concedê-la mesmo que observadas tais condições? Poderia o magistrado, ainda, superar o veto do devedor à alteração proposta pelos credores?

8.5.1 A extensão do controle jurisdicional diante dos requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 58 da LRE

Nos sistemas estrangeiros, em maior ou menor medida, é reservado ao órgão judiciário o poder de não se vincular ao veto dos credores ao plano posto em votação.

No Direito norte-americano, a *reorganization*, prevista no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*, depende da aprovação de todas as classes de credores afetados pelo plano, nos termos do disposto no §1.129 (a) (8), além de diversos outros requisitos; contudo, para que a reorganização não se torne refém de um pequeno grupo de credores ou de um impasse¹³⁴⁷, prevê a lei o chamado *cram down*, caso haja pelo menos a aprovação de uma

¹³⁴⁶ Ver item 6.3.4.1.5.

¹³⁴⁷ Cf. TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law**, cit., 6ª ed., 2009, p. 495). Como destacam os autores, “Thus, section 1129(b) permits confirmation over the nonacceptance of an impaired class or classes, if all requirements of section 1129(a) other than paragraph (8) are satisfied and if the plan “does not discriminate unfairly” and is “fair and equitable” as to the nonaccepting classes. The latter phrase requires a detailed explanation” (p.495).

das classes, permitindo a superação do veto, cabendo ao juiz, em atuação “bastante profunda” e abrangente de estudos detalhados das previsões estabelecidas no plano”, verificar se não há *unfair discrimination* e se o plano seja *fair and equitable*, constatando, em suma, se os interesses da classe dissidente estão protegidos¹³⁴⁸. Apesar de toda a disciplina dedicada pela lei à matéria e toda a produção doutrinária em torno do tema, a prática revela menos casos de utilização do *cramdown* do que poderia se esperar¹³⁴⁹.

No sistema francês, devido à grande concentração de poderes em mãos do Tribunal do Comércio, não cabe aos credores a decisão de quebra; a eles incumbe a aprovação do plano que lhes fora proposto ou a apresentação de outro, que nessa hipótese deverá ser submetido à aprovação do devedor; no caso de rejeição do plano inicial, havendo viabilidade de prosseguimento da empresa, a critério do Tribunal, novo plano deve ser apresentado pelo devedor ou pelos credores, até que se chegue a algum acordo. Embora não possa impor os termos do acordo, ao Tribunal cabe decidir com exclusividade, com vistas ao interesse público, sobre a viabilidade da empresa ou a liquidação daquelas que não tenham condições de prosseguir¹³⁵⁰.

O ordenamento alemão também prevê hipótese de superação do veto de um grupo de credores, a chamada *Obstruktionsverbot*, aplicável se os participantes do grupo não tiverem sofrido perdas em relação à situação que defrutariam na ausência do plano; se os membros do grupo dissidente receberem participação razoável em relação às condições

¹³⁴⁸ Cf. BATISTA, Carolina Soares João, CAMPANA FILHO Paulo Fernando, Miyazaki, Renata Yumi e CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Contribuições Interpretativas “*Best Interest of Creditors*” ou “*Unfair Discrimination*”, cit., in **RDM 143**, pp. 206-207.

¹³⁴⁹ Cf. BROUDE, Richard F. “Cramdown and Chapter 11 of the Bankruptcy Code: The Settlement Imperative”, in **The Business Lawyer 39**, no. 2, 1984, pp. 441-454. Disponível em: <JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/40686562>. Último acesso em 29.08.20177. Consoante observa o autor: “However, a search through the reported cases decided under the Code reveals fewer cases than one might expect that have actually involved use of the cramdown power. A detailed analysis of the structure of chapter 11 reveals the reason for the paucity of cases during the four years the Code has been in effect: chapter 11 is biased toward settlement by the parties in interest in the case”. Conclui o autor que o risco de não se chegar a um acordo é tão grande e “the possible negative impact of the imposition of the cramdown powers so significant, that the cramdown power is used more as a threat than as a club actually employed in confirming a plan of reorganization. Further, in an arena where timing is often more important than the ideal result, the delay caused by invocation of the cramdown power is likely to result in harm to all” (p.441)

¹³⁵⁰ Cf. VIDAL, Dominique. **Droit des procédures collectives**, cit., 5º ed., 2006, p.183. Para Eduardo Secchi Munhoz, “a autoridade judicial é o melhor intérprete do interesse público, não se confiando na vontade das partes envolvidas no processo para se chegar ao resultado vantajoso para toda a sociedade” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, p.287).

gerais do plano, e maioria dos grupos votantes tenha aprovado a proposta (§245 da *Insolvenzordnung*)¹³⁵¹.

No Direito português, somente há previsão de uma espécie de superação do veto ao plano de insolvência, que ocorre diante da oposição ao plano que demonstre o favorecimento indevido de um ou mais credores ou a existência de prejuízo do credor ou do devedor, decorrente da apresentação do plano, desde que o coloque em situação desfavorável, comparativamente, àquela que resultaria caso não fosse apresentado o plano¹³⁵².

No sistema brasileiro, nos termos do art. 58, §§ 1º e 2º, da Lei n.11.101/05, devem ser atendidos de forma cumulativa, para autorizar a superação do veto dos credores ao plano apresentado pelo devedor: “§ 1º, I- o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II- a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III- na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º - A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado”.

Além da maioria favorável dos credores que representem mais da metade dos créditos, a lei ainda exige que pelo menos duas classes tenham aprovado o plano, ou uma delas, se houver duas classes, como também que haja a concordância de mais de um terço dos credores da classe que tenha rejeitado o plano. Mesmo com a introdução da quarta classe de credores pela Lei n.147/14, não se alterou a exigência de aprovação mínima de duas classes e, como apontam Scalzilli, Spinelli e Tellechea, a manutenção desse quórum parece ser a medida mais consentânea com o princípio da preservação da empresa¹³⁵³.

¹³⁵¹Cf. BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, cit., in **Brooklyn Journal of International Law** 23, 1997, p.178.

¹³⁵² Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de Direito da Insolvência**, cit., 6ª ed., 2014, pp.308-311.

¹³⁵³ Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.320.

Com relação ao abuso que pode cometer o credor com poder de veto, referido anteriormente¹³⁵⁴, importante acrescentar que a exigência da concordância de pelo um terço dos membros da classe dissidente, prevista na lei¹³⁵⁵, pode levar facilmente à frustração do objetivo da lei de recuperação de empresas viáveis (art.47 da LRE), quando houver credor único na classe discordante ou que detenha pelo menos dois terços dos créditos dessa classe¹³⁵⁶. Nesse contexto, imprescindível a verificação, no caso concreto, de eventual abuso do direito cometido pelo credor que se encontre nessa posição, consoante têm decidido nossos tribunais¹³⁵⁷.

Com relação aos outros dois quóruns previstos nos incisos I e II, do §1º, do artigo 58 da LRE, nos parece que a opção do legislador não impede a consecução dos objetivos da lei, cabendo ao órgão judiciário, portanto, tão somente a verificação da regularidade da contagem do quórum.

Não se afiguram de acordo com o sistema consensual criado pela LRE, com a devida vênia, decisões que se apoiem sobre premissas que violem o princípio majoritário, não observando os quóruns mínimos previstos na lei, ainda que sob o pretexto da preservação da empresa¹³⁵⁸.

No tocante ao requisito do tratamento igualitário conferido aos credores da classe que houver rejeitado o plano, consoante disposição contida no § 2º do artigo 58 da LRE, indispensável para que não haja “conluio entre devedor e credores majoritários, em prejuízo de credores minoritários”¹³⁵⁹, remetemos o leitor ao quanto dissemos quando abordamos as

¹³⁵⁴ Ver item 8.3.4.2.4.

¹³⁵⁵ Conforme disposição contida no inciso III, do §1º, do artigo 58 da LRE.

¹³⁵⁶ Aponta a doutrina que “a exigência de tantos quóruns podem prejudicar os resultados a serem obtidos”, inclusive com um sistema em que “a sorte da empresa pode depender da vontade e dos caprichos de um único credor” (BATISTA, Carolina Soares João, CAMPANA FILHO Paulo Fernando, Miyazaki, Renata Yumi e CERZETTI, Sheila Christina Neder. “Contribuições Interpretativas “*Best Interest of Creditors*” ou “*Unfair Discrimination*”, cit., in **RDM 143**, p. 216).

¹³⁵⁷ Nesse sentido: AI. 2089041-22.2016.8.26.0000, Comarca de Ribeirão Preto, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 02.12.2015; AI. 010666-86.2012.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u. j. 03.07.2014.

¹³⁵⁸ Em sentido contrário, já decidiu o STJ, determinando a “possibilidade de aprovação do plano de recuperação mesmo quando por pouco, não se alcance o quórum qualificado exigido na lei. Princípio da preservação da empresa” (Cf. STJ - AGRg no REsp 1.310.075/AL – 2012/0035665-1, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 3ª Turma. J.02.12.2014. DJe 10.10.2014). Também já decidiu o TJSP que “o magistrado está excepcionalmente autorizado a relativizar os requisitos e conceder a recuperação judicial, quando a maioria dos credores sinaliza nesse sentido” (Cf. AI. 2050098-67.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ramon Mateo Junior, por maioria, j.16.03.2015).

¹³⁵⁹ BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**, cit., 10ª ed, 2014, p.181.

questões relativas à isonomia e à necessidade da subdivisão de classes¹³⁶⁰, acrescentando que o tratamento igualitário dentro de uma classe deve levar em conta a disparidade das condições daqueles que a congregam; assim, se houver a divisão em subclasses, a aferição do tratamento isonômico deve se dar em comparação aos outros componentes daquele subgrupo¹³⁶¹; se não houver formação de subclasses, o tratamento homogêneo deve ser constatado dentre aqueles que estejam na mesma condição.

A aferição da isonomia, nesse contexto, deve se dar tanto em vista das relações horizontais, consoante preconizado pelo legislador (§ 2º do artigo 58 da LRE), como, apesar de omissa a LRE, sob a perspectiva das relações verticais entre os credores, com base na ordem estabelecida no artigo 83 da LRE, não se podendo privilegiar credor que se encontre em hierarquia inferior em detrimento daqueles que a lei protege no cenário da falência, quer seja em relação à porcentagem do crédito a ser recebida ou outras condições mais favoráveis, como a de tempo de cumprimento das obrigações¹³⁶².

Em diversas situações, combatendo o abuso do direito, desqualifica-se o voto do credor e alcança-se o quórum alternativo de aprovação do plano¹³⁶³, dando-se aplicação ao disposto no artigo 187 do CC, ante a violação do princípio da boa-fé, dos costumes e dos fins sociais para os quais fora concebido o exercício do direito de voto.

Em outras situações, porém, que não parecem apontar para o melhor caminho, apoia-se no argumento exclusivo de preservação da empresa¹³⁶⁴.

A Lei de Recuperação criou um modelo de processo que se apoia sobre o sistema de negociação estruturada entre devedor e credores, que tem por objetivo a maximização do valor da empresa¹³⁶⁵ e a sua preservação; nesse contexto, fala-se em “soberania da decisão assemlear”¹³⁶⁶, que somente pode ser sobreposta em hipóteses excepcionais de abuso do direito, fraude ou a violação de legítimos direitos, situações em

¹³⁶⁰ Para evitar repetições, remetemos o leitor aos itens relativos à isonomia e divisão de classes, itens 8.3.4.1.5 e 8.3.4.1.5 .1

¹³⁶¹ Cf. BATISTA, Carolina Soares João, CAMPANA FILHO Paulo Fernando, Miyazaki, Renata Yumi e CEREZETTI, Sheila Christina Neder. “Contribuições Interpretativas “*Best Interest of Creditors*” ou “*Unfair Discrimination*”, cit., in **RDM 143**, p. 219.

¹³⁶² Ver item 8.3.4.1.5.

¹³⁶³ Cf. AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.299.

¹³⁶⁴ Nesse sentido: STJ - AGRg no REsp 1.310.075/AL – 2012/0035665-1, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 3ª Turma. J.02.12.2014. DJe 10.10.2014).

¹³⁶⁵ Cf. PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011, p.380.

¹³⁶⁶ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.202.

que o juiz não estaria vinculado à decisão da assembleia de credores, podendo levar à situação de conceder recuperação judicial que não atendesse os requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 58 da Lei n.11.101/05 ou deixar de concedê-la, ainda que observadas tais condições.

Aqui, parece evidente o limite ao exercício da jurisdição na recuperação judicial, que encontra fundamento na Constituição e no sistema da LRE, consistente na medida de sacrifício imposto aos credores, que deve ser consentido pela maioria, conforme os quóruns legais, cuja ampliação ou restrição não encontra amparo. O rompimento da solução consensual¹³⁶⁷, ainda que sob o pretexto da preservação da empresa, implica no agravamento às limitações impostas pela Constituição e pelo sistema concursal ao direito de crédito, sem fundamento legal e jurídico.

8.5.2 A extensão do controle jurisdicional diante do veto do devedor à alteração do plano proposta pelos credores

É possível que o plano proposto pelo devedor seja modificado pelos credores reunidos em assembleia, “desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes (art.56, § 3º, da LRE).

Com base nessa disposição, surgem as indagações: qual a extensão do poder jurisdicional nessa hipótese? Poderia o juiz superar o veto do devedor à modificação do plano proposto?

A superação do veto do devedor é defendida por Eduardo Secchi Munhoz sob a perspectiva da função social da empresa e da tutela dos diversos interesses em questão, desde que o plano se “demonstrasse viável economicamente e que, além disso, contasse com o amplo apoio do conjunto de *stakeholders* (credores, trabalhadores etc), ainda que o devedor

¹³⁶⁷ É preciso observar, contudo, que esse sistema não reserva ao juiz a posição de mero homologador das decisões da assembleia, pois, como pondera Jorge Lobo, os poderes de caráter jurisdicional, instrumental e administrativo conferidos ao órgão judicial, “ao ordenar o processamento da ação, proferir despachos, decisões e sentenças, superintender a administração da empresa em crise, enfim, presidir o processo de recuperação”, devem ser exercidos em plena liberdade para a formação da “sua convicção, seu livre convencimento, de acordo com as provas dos autos, ciente de que seus atos estão sujeitos a recurso de agravo (cf., p. ex., art.59, § 2º)” (LOBO Jorge. *In* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**, cit., 4ª ed., 2010, p.218).

(ou melhor dizendo, sócios ou administradores do devedor) discordasse de sua implementação...”¹³⁶⁸.

Em que pesem os argumentos alinhados, relativos à importância dos diversos interesses envolvidos, com a devida vênia, a proposta não encontra apoio no sistema de solução preconizado pela Lei de Recuperação de Empresas.

Veja-se que a LRE regula, sob o aspecto do crédito e da empresa, as limitações ao direito de propriedade diante da crise da empresa, atentando para a função social ditada pela Constituição Federal (art.5º, XXIII). As limitações da propriedade, dessa maneira, sejam sobre o crédito, sejam sobre a empresa, em vista das restrições decorrentes das dificuldades econômico-financeiras do devedor, são permitidas pela Constituição e reguladas pela LRE, que criou um sistema consensual para a solução da crise, restringindo o poder jurisdicional de forma a não poder impor, em condições de normalidade, solução que não se extraia do consenso entre as partes envolvidas.

O sistema majoritário disciplinado pela lei¹³⁶⁹ permite que à minoria dos credores possa ser imposta a decisão da maioria, mas, não ao devedor, tanto que sequer se atribuiu legitimidade ativa aos credores para propor a recuperação judicial. Como pondera Francisco Satiro, “a falência é, mais seguramente que um dever, um direito do devedor em caso de insolvência”, eis que em muitas situações a pessoa do devedor, seus sócios e administradores ficam de alguma forma ligados às dívidas da empresa, como em “débitos trabalhistas, tributários, previdenciários, ambientais, de consumo etc”¹³⁷⁰.

Buscou o legislador, por outras palavras, disciplinar um sistema consensual, vale dizer, negocial¹³⁷¹, no qual a jurisdição servirá para assegurar que os

¹³⁶⁸ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, cit., in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores), 2ª ed., 2007, pp.278-279.

¹³⁶⁹ A eficiência dessas decisões colegiais, como pontua Raquel Sztajn, “deve suplantar, com vantagem, as tomadas por pessoas estranhas ao grupo que suportam seus efeitos, em razão da acentuada assimetria de informação – os credores tendem, ao menos alguns deles, a saber mais sobre o devedor comum que terceiros não vinculados”. Presume-se, dessa maneira, “que as decisões serão focadas em estratégias que minimizem os prejuízos, que mantenham as relações negociais e que o crédito seja preservado na medida do possível” (“Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresa”, cit., **RDM** 138/60).

¹³⁷⁰ Cf. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. “Sociedade em recuperação judicial – assembleia geral de credores”, cit., in **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** 164/165, 2013, p.214.

¹³⁷¹ No dizer de Francisco Satiro: “o caráter negocial da recuperação judicial exige que o negócio jurídico caracterizado pelo plano e suas contingências seja resultado do encontro formal de dois vetores de manifestação de vontade: a individual e inequívoca do devedor e a da maioria qualificada dos credores, apurada através das deliberações em assembleia geral e no limite do quórum estabelecido pela lei” (Cf. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. “Sociedade em recuperação judicial – assembleia geral de credores”, cit., in **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** 164/165, 2013, p.215).

direitos dos envolvidos sejam preservados¹³⁷², ou ao menos limitados dentro dos parâmetros legais, e, não havendo consenso, decretar a falência, ante a já confessada impossibilidade de prosseguimento dos negócios nos termos e prazos em que foram constituídas as obrigações do devedor.

O respeito ao direito de propriedade do devedor sobre os meios de produção é determinado pela lei ao restringir a legitimidade ativa para o pedido de recuperação. Poderia a lei ter ido mais longe, criando um sistema em que o credor pudesse propor a demanda recuperacional ou que atribuísse ao Judiciário o poder de verificar a inteira factibilidade das propostas, a total aferição da viabilidade da empresa e a aceitação da solução? Poderia, mas não o fez; preferiu limitação menor, colocando a solução nas mãos de ambos os lados envolvidos na crise da empresa, ainda que a um deles sob o prisma do princípio majoritário.

Não se trata, aqui, da aplicação da regra da proporcionalidade em sentido estrito¹³⁷³, para sopesar a intensidade da restrição e da realização de direitos igualmente garantidos pela Constituição, como propriedade, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e dignidade da pessoa humana, conferindo os pesos de cada um diante da situação concreta, mas tão somente do exame da adequação do meio para que todos esses bens jurídicos, na medida do possível, sejam tutelados¹³⁷⁴. O sistema hoje vigente no Brasil não transformou o Judiciário em magistratura econômica, como no Direito francês¹³⁷⁵; o consenso que se pode obter da negociação entre aqueles que suportarão os efeitos da crise constitui o meio tido por mais eficiente pelo legislador para enfrentar a crise da empresa.

¹³⁷² Como pondera Paulo Fernando C.S. de Toledo, “o controle judicial deve referir-se à legalidade das deliberações. Nesse ponto se encontram o fundamento da atuação judicial e os seus limites. A ordem jurídica dirá a resposta correta a cada situação” (Cf. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade”, cit., in **RDB** 60, p.315).

¹³⁷³ O dever de proporcionalidade consiste em um postulado normativo aplicativo que, como leciona Humberto Bergmann Ávila, “estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo”. A proporcionalidade tem, desta maneira, a função de estabelecer limites à atividade estatal e a garantia dos direitos individuais (“A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, in **Revista de Direito Administrativo** 215. Janeiro/Março de 2009, pp. 169-172).

¹³⁷⁴ Veja-se que a análise da adequação de um ato estatal, dentre eles os do Judiciário, também se insere no contexto da aplicação da “regra de proporcionalidade”. Na esteira do magistério de Robert Alexy, subdivide-se a regra da proporcionalidade em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (“Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, in **Revista Española de derecho Constitucional** 66. Ano 22. Setembro-dezembro de 2002, p. 26). Consoante aponta a doutrina, a medida estatal seria adequada quando permita alcançar ou ao menos fomentar o objetivo legítimo pretendido (Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, in **Revista dos Tribunais** 798. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p.34).

¹³⁷⁵ Cf. JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**, cit., 5º ed., 2007, p.52.

Outro limite, então, mostra-se diante do exercício da jurisdição no processo de recuperação judicial, o da disponibilidade dos direitos em questão¹³⁷⁶, que não autoriza a superação do veto do devedor à alteração proposta pelos credores, o que certamente desfiguraria a solução negociada.

8.6 Controle jurisdicional sobre a modificação do plano de recuperação judicial: da alteração dos elementos da demanda à relativização da coisa julgada

A ação identifica-se por seus elementos: sujeitos, causa de pedir e pedido, que juntos determinam o âmbito de congruência de atuação do juiz. No caso específico do processo de recuperação judicial, os elementos da demanda configuram os limites do que será apreciado em termos de acordo a ser entabulado pelas partes, seja pela aprovação tácita ou por deliberação da maioria dos credores na assembleia geral, caso haja necessidade de sua instalação pela eventual litigiosidade decorrente da oposição de objeções ao plano inicialmente proposto (art.55 da LRE).

O plano de recuperação judicial deve preconizar a solução proposta pelo devedor, integrando, dessa maneira, o pedido, porque é em torno dele que se pretende equacionar o passivo da sociedade com a novação de suas obrigações¹³⁷⁷.

No tocante à possibilidade e à viabilidade de alteração dos elementos da demanda no processo¹³⁷⁸, é preciso ter em conta, como observa Leonel, que “o direito processual positivo brasileiro adotou regras determinantes da estabilização da demanda, com seu indispensável consectário lógico, que consiste em um sistema rígido de preclusões”¹³⁷⁹,

¹³⁷⁶ Como solução negociada, a concordância do devedor perfaz requisito essencial de validade do negócio jurídico. Nesse sentido: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. “Sociedade em recuperação judicial – assembleia geral de credores”, cit., in **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** **164/165**, 2013, pp.212-221; SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.318.

¹³⁷⁷ Cf. art.59 da Lei n.11.101/05.

¹³⁷⁸ Consoante destaca Heitor Vitor Mendonça Sica, apesar de não haver sistemas absolutamente rígidos ou flexíveis, mas sim graus diferentes de rigidez, sendo importante ter em conta que geralmente a distinção é feita com base na questão do momento da estabilização do objeto litigioso do processo, tolhendo-se a possibilidade de modificação do pedido ou da causa de pedir para o autor ou, para o réu, dos “meios e razões que lhe tocam para resistir à pretensão do demandante”. Não obstante, como destaca o autor, a análise da rigidez ou flexibilidade do sistema feita apenas com base na estabilização da demanda “desconsidera o regime de preclusões sobre as demais atividades das partes...” no processo, como ainda das questões incidentais (**Preclusão Processual Civil**, cit., 2º ed., p. 291).

¹³⁷⁹ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de Pedir e Pedido**. O Direito Superveniente. 1ª edição. São Paulo: Método. 2006, p.223. Conforme esclarece o autor, vários dispositivos do Código de Processo Civil demonstram o sistema rígido de preclusões, que inviabilizam a alteração dos elementos da demanda depois de estabilizada, como os artigos 264, 282, III e IV, 286, 290, 294, 300, 303, I, II e III, 321,

e o novo Código manteve essa característica, inclusive com a redação de dispositivos semelhantes.

Observe-se, ainda, que as regras do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente aos processos de falências e recuperações judiciais¹³⁸⁰ e a Lei n.11.101/05 não apresenta dispositivo específico que preveja o exato momento de estabilização da demanda no processo de recuperação. Nesse contexto, cabe indagar: em que termos e intensidade, no processo de recuperação judicial, a demanda se estabiliza? Em qual momento do processo os elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido), não mais poderiam ser alterados, estabilizando-se definitivamente a demanda? Essa estabilização seria absoluta ou relativa?

Não há propriamente proibição na lei para que o plano de recuperação seja alterado antes de sua submissão aos credores e há previsão expressa quanto à possibilidade de modificação da proposta pelos próprios credores nas negociações que se estendem durante a assembleia, desde que haja expressa concordância do devedor e não implique diminuição exclusivamente dos direitos dos ausentes¹³⁸¹.

Em outros sistemas, como, v.g., o italiano, a lei é expressa no sentido de prever a possibilidade de modificação do plano apresentado e, portanto, do pedido, desde que haja a aprovação dos credores e a possibilidade de superar a crise¹³⁸².

No ordenamento brasileiro, também não se encontra disciplinada a hipótese de alteração do plano após a sua aprovação pela assembleia de credores ou da homologação pelo juiz no processo de recuperação judicial, fazendo parecer ser este último o momento da estabilização da demanda, em que não mais poderiam ocorrer modificações ao que anteriormente fora entabulado pelos envolvidos. Vale dizer, o pedido, que corresponde ao

462 e 517 (p.224). As regras contidas nos artigos do CPC de 1973, referidos por Ricardo Leonel para demonstrar a rigidez do sistema anterior, foram parcialmente repetidas, respectivamente, nos artigos 329, 319, III e IV, 322 e 324, 323, 329, 336, 342, I, II e III, 493 e 1.014 do NCPC.

¹³⁸⁰ Cf. art. 189 da Lei n. 11.101/05.

¹³⁸¹ Conforme dispõe o § 3, do artigo 55, da Lei n.11.101/05: “O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes”.

¹³⁸² Cf. TUMIETTO, Daniele. “Modificazioni ed integrazioni nella domanda concordatária”, cit., *in* **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* 43, 2012, p.111. Como ressalta a autora, o novo instrumento é indicado “per essere utilizzato in una situazione in cui vi è possibilità di uscire dalla crisi, e non di essere in una situazione di insolvenza” (p.111).

objeto litigioso do processo¹³⁸³, alcançaria sua estabilização após a aprovação em assembleia e homologação judicial e esse entendimento, de certa forma, seria complementado pela disposição que proíbe ao devedor ajuizar novo pedido de recuperação antes do decurso do prazo de cinco anos de concessão de recuperação judicial anterior (art. 48, II, da Lei n.11.101/05).

Pode-se pensar que essa estabilização, ao que parece, daria-se em virtude da preclusão máxima decorrente da coisa julgada (material e formal), cuja intangibilidade está assegurada na Constituição (art. 5º, XXXVI), e serve de instrumento para a realização do princípio da segurança jurídica¹³⁸⁴.

Se antes da decisão da assembleia e da sua homologação pelo juiz não está definitivamente estabilizada a demanda, até mesmo por falta de previsão proibitiva da modificação do plano até esses momentos, indaga-se: seria possível a modificação do plano após o trânsito em julgado da sentença que homologou a decisão da assembleia de credores? Por outras palavras, seria possível relativizar a coisa julgada formal que incide sobre a decisão que homologou o acordo aprovado em assembleia?

8.6.1 A modificação do plano de recuperação judicial e a relativização da coisa julgada formal

Divide-se a jurisprudência quanto à admissibilidade da homologação de novo plano apresentado em substituição a outro já homologado^{1385 1386} e poucas são as decisões

¹³⁸³ Consoante leciona Ricardo de Barros Leonel, “o objeto litigioso do processo tem significado mais restrito, referindo-se às pretensões deduzidas em juízo, enquanto à locução *objeto do processo* deve ser reservado o significado mais abrangente, referindo-se a todos os pontos e questões, de fato ou de direito, submetidos à cognição judicial” (“Pedido e Causa de Pedir: conexão, litispendência e continência”. In: Gozzoli, Maria Clara; Cianci, Mirna; Calmon, Petrônio e Quatieri, Rita (coordenadores). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p.525).

¹³⁸⁴ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.85.

¹³⁸⁵ Favorável à alteração do plano já aprovado: AI. 2103423-83.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Cláudio Godoy, por maioria. j. 10.04.2017; AI. 2120126-89.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j. 07.12.2016; AI. 2053398-03.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, v.u., j. 15.06.2015; AI. 0330242-97.2016.8.21.7000, Comarca de Marau, TJRGS, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Isabel Dias de Almeida, v.u., j.19.12.2016; AI. 70040733479, Comarca de Restinga Seca, TJRGS, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, v.u. j. 28.04.2011.

¹³⁸⁶ Em sentido contrário à alteração: AI. 0308401-32.2011.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 25.02.2013; AI.

que enfrentam a questão da estabilização da decisão que homologa as deliberações da assembleia de credores¹³⁸⁷.

Em algumas situações, fundamenta-se a possibilidade de votação de novo plano com as disposições contidas na LRE (art. 35, I, a)¹³⁸⁸, que determinam competir à assembleia de credores, dentre outras funções na recuperação judicial, a “aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor”¹³⁸⁹.

Note-se que há possibilidade de modificação do plano no momento da assembleia, que pode ser feita pelo devedor, de forma limitada, como pelos credores¹³⁹⁰; contudo, não é possível concluir-se que a decisão que concede a recuperação judicial não está sujeita à coisa julgada e que novo plano pode ser apresentado aos credores apesar de outro já ter sido aprovado, dando-se por fundamento a disposição do art. 35, I, a, da LRE.

A verdade é que não há na lei disposições a respeito do novo plano, nem a respectiva disciplina que, dentre outros temas, deveria determinar a reabertura de prazo para a apresentação de objeções, novo estudo de viabilidade, novo prazo para fiscalização do cumprimento do plano; em suma, o legislador idealizou que a decisão que concede a recuperação judicial do devedor deve se estabilizar endoprocessualmente pela coisa julgada formal.

Até a decisão que homologa a transação simples no processo civil comum, baseada no consenso de todas as partes, é coberta pela coisa julgada sob o regramento do CPC¹³⁹¹, com mais razão, também deve incidir a imutabilidade do julgado sobre a decisão

2232294.05.2014.8.26.0000, Comarca de São Carlos, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 09.09.2015.

¹³⁸⁷ Um dos poucos casos que menciona a estabilidade da decisão homologatória na recuperação judicial, derivada da coisa julgada que se opera com o seu trânsito em julgado, consta do voto divergente do Des. Fábio Tabosa, no AI. 2103423-83.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Cláudio Godoy, por maioria. j. 10.04.2017.

¹³⁸⁸ Nesse sentido: AI. 2120126-89.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j. 07.12.2016.

¹³⁸⁹ Nesse sentido: AI. 1.0024.14.298866-6/011, Comarca de Belo Horizonte, TJMG, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Edilson Fernandes, v.u. j. 30.08.2016.

¹³⁹⁰ Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.317.

¹³⁹¹ Conceitualmente, como aponta Cândido Rangel Dinamarco, “nem a transação nem sua homologação contém em si um julgamento de mérito. A transação não, é ato das partes, autêntico negócio jurídico, não se assemelhando a julgamento algum. A homologação também não, porque ao homologar o juiz não julga causa alguma, limitando-se a encampar a vontade manifestada das partes”. O âmbito de conhecimento do julgador é restrito, porque deve se ater aos requisitos para a validade e eficácia do ato negocial; assim procedendo, o juiz exerce atividade tipicamente estatal, “caracterizada como jurisdição”. Não obstante, enfatiza

que homologa a deliberação da assembleia de credores na recuperação judicial, pois, apesar de ser baseada no consenso das partes, muitas vezes não há unanimidade, encerrando, portanto, alguma litigiosidade ao se apoiar sobre a possibilidade de ser chancelada a decisão da maioria sobre a vontade dos dissidentes.

Independentemente de se consentir ulterior juízo sobre o mesmo objeto litigioso, a coisa julgada, embora não seja propriamente uma finalidade da jurisdição, constitui uma exigência política¹³⁹² que se destina a propiciar segurança jurídica às relações dos jurisdicionados, consagrando valor essencial e fundamental do Estado Democrático de Direito¹³⁹³. A imutabilidade que gera segurança jurídica, como esclarece Leonel, não se refere à “indiscutibilidade do efeito, mas da sentença mesmo (norma jurídica nela enunciada)”, enquanto “comando dirigido ou norma elaborada para o caso concreto”¹³⁹⁴.

Se o ato produz efeitos sobre a relação material, a solução dada precisa estabilizar-se também endoprocessualmente, sob pena de não conduzir à eliminação do litígio, frustrando-se por completo os escopos da função jurisdicional e, nesse sentido, a coisa julgada age “de certo modo em complementação ao instituto da preclusão”¹³⁹⁵. Conforme pondera Bedaque, “a legitimidade da coisa julgada situa-se nas premissas dos próprios objetivos do sistema processual, que não seriam atingidos caso as decisões judiciais não ficassem imunes a ataques futuros”¹³⁹⁶, interna ou externamente ao processo.

o autor, “sem nenhuma discrepância, todos reconhecem que as sentenças homologatórias de transação, reconhecimento do pedido ou renúncia ao direito ficam cobertas pela autoridade da coisa julgada” (**Fundamentos do processo civil moderno**, cit., 6^o edição, Vol. II, p.1323-1328). Acrescentamos que, embora não haja julgamento de mérito, como ato que provém do juiz, o mérito da questão é resolvido pelo consenso, ao menos entre o devedor e a maioria dos credores, e reconhecido como válido e eficaz em virtude da homologação judicial, produzindo efeitos interna e externamente ao processo, resultando coisa julgada formal e material.

¹³⁹² A observação de que a coisa julgada é um fim da jurisdição limita os próprios fins do Estado, pois, consoante observaa doutrina, ela não se justifica por si mesma, “su singular energia vale como medio y no como fin”; o fim não é a imunidade, “lo es la justicia, la paz, el orden, la seguridade, es decir, los valores a los cuales o derecho acede y serve” (COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, cit., 1^a ed., 1981, pp.40 e 407).

¹³⁹³ Não considerar a coisa julgada, “é ofender a Carta Magna, deixando-se de dar aplicação ao princípio fundamental do estado democrático de direito” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**, cit., 11^a ed., 2013, p.78).

¹³⁹⁴ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 4^a edição. São Paulo: Malheiros. 2017, p.342.

¹³⁹⁵ Cf. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. Hipóteses de relativização. 1^a edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2003, p.21.

¹³⁹⁶ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., 6^a ed., 2011, p.134-135. Consoante pondera o autor, “a eficácia da tutela contida na sentença destina-se a atuar principalmente no plano substancial, regulando para o futuro as relações entre as partes e o bem da vida objeto da controvérsia. Imprescindível, portanto, para fixar adequadamente o exato

Aquele que foi beneficiado pela imutabilidade do julgado, como pondera Dinamarco, único destinatário direto dessa “situação de estabilidade consistente na coisa julgada, tem ampla liberdade de instituir negocialmente uma situação nova, apesar desta. Esse é um ato de exercício da *autonomia da vontade*, a qual não fica tolhida pela coisa julgada material”¹³⁹⁷. Veja-se, contudo, que neste ponto não se está a dizer que a coisa julgada deva ser empecilho à celebração de novos negócios, aprovados de forma unânime entre as partes, que modificariam o quanto disposto na sentença coberta pela imutabilidade.

Com efeito, não obstante a estabilidade que deveria ser alcançada em virtude da imutabilidade¹³⁹⁸ que pesa sobre a decisão que homologou a aprovação do plano de recuperação, há importantes precedentes da Justiça brasileira que, desconsiderando a coisa julgada formal, contornam a inalterabilidade das decisões, para estabelecer uma nova realidade, não apenas a partir do livre consentimento das partes envolvidas, mas tão somente da maioria necessária a aprovação de novo plano, diante do agravamento da crise da empresa¹³⁹⁹ ou de sua anterior subestimação.

Os limites da coisa julgada e o grau de imutabilidade dependem da natureza e das características da situação a ser regradada pelo juiz. Veja-se, por exemplo, a diferença da imutabilidade das sentenças penal e civil, especialmente no sentido de que a primeira, em virtude dos interesses envolvidos, admite a revisão criminal, de forma a demonstrar o menor grau de estabilidade¹⁴⁰⁰. Considere-se também, como aponta Heitor Sica, que “é a lei

alcance da imutabilidade determinada pelo trânsito em julgado, bem como as consequências ligadas ao instituto da coisa julgada, identificar com precisão as especificidades da relação jurídica material sobre o que incidirá o provimento judicial” (p.135).

¹³⁹⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, cit., 6ª edição, v. I, p.194. Conforme lição do autor, “na doutrina alemã, com toda sua autoridade, disse Friedrich Lent que, trazendo a transação em si um regulamento da relação substancial que constitui o objeto do processo, ‘seu efeito é constitutivo e consiste na criação de uma nova situação jurídica’” (O trabalho de Lent referido: *Diritto Processuale Civile Tedesco*, §48, II, p.194, trad.).

¹³⁹⁸ A imutabilidade corresponde à função “negativa” da coisa julgada; a indiscutibilidade em posteriores juízos consiste na sua função “positiva” (cf. FONSECA, João Francisco N. “Comentários aos artigos 485 a 508 do CPC”, In GOUVEIA, José Roberto F., BONDIOLI, Luiz Guilherme e FONSECA, João Francisco N. (coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017, p.117).

¹³⁹⁹ Como aponta Fábio Ulhoa Coelho, “a lei não pode ignorar a hipótese de revisão do plano de recuperação, sempre que a condição econômico-financeira do devedor passar por considerável mudança. Nesse caso, admite-se o aditamento do plano de recuperação judicial, mediante retificação pela Assembleia dos Credores. A retificação está sujeita ao mesmo quórum qualificado de deliberação previsto para a aprovação do plano original” (cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.208).

¹⁴⁰⁰ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**, cit., 6ª ed., 2011, p.12 e 135.

processual que diz quais decisões operam efeitos extraprocessuais (e em que limites) e quais não”¹⁴⁰¹, conclusão que se pode estender também para os efeitos endoprocessuais.

Quando se fala em relativização ou desconsideração da coisa julgada¹⁴⁰², tanto se está referindo à coisa julgada material, que imuniza os efeitos da sentença externamente, para ulteriores juízos, como em relação à coisa julgada formal, que age no mesmo processo, impedindo que aquela decisão seja revista e substituída, e, em que pesem os importantes argumentos de expressiva parcela da doutrina sobre esse tema¹⁴⁰³, é preciso dizer que a garantia da coisa julgada, tanto sob o aspecto material como formal¹⁴⁰⁴, “deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil”¹⁴⁰⁵.

E, nesse contexto, o que diríamos do conflito entre os valores da segurança jurídica e aqueles que encontram abrigo sob o princípio da preservação da empresa?

¹⁴⁰¹ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**, cit., 2º ed., p.203. Enfatiza o autor que “não se pode conceber a coisa julgada material como um fenômeno existente na natureza e interpretado pelo legislador no momento em que positiva sua existência ordenamento processual. A coisa julgada é aquilo que a lei diz que é” (p.203).

¹⁴⁰² Como esclarece Camilo Zufelato, “a chamada teoria da ‘relativização’ da coisa julgada que ganhou corpo recentemente funda-se na possibilidade de rediscutir uma demanda já transitado em julgado quando a decisão que se tornou imutável é maculada de injustiça ou inconstitucionalidade, o que justificaria a desconsideração da certeza jurídica dada pela imutabilidade do julgado a qualquer tempo segundo critérios e meios processuais excepcionais que permitissem a busca da justiça da decisão” (**Coisa julgada coletiva**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011, p.335).

¹⁴⁰³ Contra a teoria da relativização da coisa julgada, dentre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, in **Temas de Direito Processual Civil**. 9ª série. São Paulo: Saraiva. 2007, p.244-247; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**, cit., 11ª ed., 2013, p. 78; ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**, cit., 1ª ed., 2011, pp.338-340; MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, in **Revista Jurídica** 317. Março/2004, pp.14-33.

¹⁴⁰⁴ Pela coisa julgada formal, conforme esclarece a doutrina, “a sentença adquire uma qualidade: a imutabilidade como ato processual. Isso quer dizer que o mesmo juiz que prolatou a sentença não a pode mais modificar, visto que ela adquiriu os contornos de ato processual imutável, inimpugnável, incontestável, portanto definido” (cf. VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. 1ª edição. Curitiba: Juruá. 2006, p.47). Conforme aponta Zufelato, “a coisa julgada formal é antecedida pela preclusão, sem, contudo, se confundir com essa, pois é a imutabilidade no processo que decorre da impossibilidade de impugnar a sentença. Em síntese, poder-se-ia dizer que a coisa julgada formal é a preclusão dos meios de impugnar a sentença”, por isso também denominada “preclusão máxima” (**Coisa julgada coletiva**, cit., 1ª ed., 2011, p. 29).

¹⁴⁰⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2013, p.220.

Quando há conflitos entre princípios, poderá ser necessário recorrer ao mecanismo da proporcionalidade¹⁴⁰⁶ e, de forma ampla¹⁴⁰⁷, a missão de decidir deve obedecer não apenas a lógica tradicional, mas também “a lógica do razoável, poderando os valores em jogo conforme a hierarquia destes”¹⁴⁰⁸.

Vista a questão da flexibilização da coisa julgada em relação ao processo civil, seria conveniente, como sustenta Donaldo Armelin, que a lei “criasse hipóteses mais adequadas para disciplinar essa matéria”¹⁴⁰⁹ e, pode-se acrescentar, também para o âmbito da empresa em crise, na ausência de disposições sobre esse tema. É preciso questionar a coisa julgada quando, diante da concreta ponderação, for posto em risco valor de nível mais elevado que a segurança jurídica, equilibrando com harmonia as exigências divergentes¹⁴¹⁰.

O valor da segurança nas relações jurídicas não é absoluto no sistema e há situações em que a imutabilidade das decisões pode comprometer finalidades superiores de disposições constitucionais ou mesmo infraconstitucionais que realizam valores maiores¹⁴¹¹, como os interesses sociais protegidos pelo princípio da preservação da empresa¹⁴¹², diversos daqueles do devedor e do credor, como o da valorização do trabalho humano, o de consumidores, de investidores e o da sociedade como um todo¹⁴¹³, para poder

¹⁴⁰⁶ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.85

¹⁴⁰⁷ Em termos estritos, o princípio da proporcionalidade é aplicável quando se chega à conclusão de que a medida adotada era necessária e adequada, exigindo “que se indague se ‘o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma’, ou, em outras palavras, significa ‘pesar as desvantagens dos meios em relação aos fins’” (Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**. 1ª edição. São Paulo: Atlas. 2006. p.28. Apoiou-se o autor no magistério de J.J. Gomes Canotilho - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p.269).

¹⁴⁰⁸ Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**, cit., 1ª ed., 2006, p.40.

¹⁴⁰⁹ Cf. ARMELIN, Donaldo. “Flexibilização da coisa julgada”, in **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Número especial. Jan./Dez 2003, p.86.

¹⁴¹⁰ Cf. TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p.577.

¹⁴¹¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, cit., 4ª ed., 2013, pp.224 e 235.

¹⁴¹² Conforme disposto no artigo 47 da Lei n.11.101/05: “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”.

¹⁴¹³ O cumprimento da função social da empresa se dá com o atendimento de muitos interesses exteriores da sociedade, como aqueles da livre concorrência, o dos consumidores, preservação do meio ambiente etc. (Cf. PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 73).

conscientemente sopesar as nefastas consequências sociais e econômicas decorrentes da quebra de empresa que se mostre efetivamente apta a se desenvolver¹⁴¹⁴.

8.6.2 A modificação do plano e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Refere-se a doutrina à hipótese de revisão do plano em vista do agravamento da crise econômico-financeira do devedor e à atribuição da assembleia de credores para apreciar a retificação do novo plano apresentado¹⁴¹⁵. Admitida teoricamente a desconsideração (ou relativização) da coisa julgada sobre a decisão que homologou a deliberação de aprovação do plano anterior, é de se indagar: bastará que o devedor apresente um plano modificativo para que seja ele novamente submetido aos credores? Estarão vinculados os credores dissidentes à nova proposta, caso aprovada pela maioria?

A expressão segurança, gerada em virtude da coisa julgada, conforme palavras de Barbosa Moreira, “parece algo pálida para traduzir a significação inteira do fenômeno. Ele só se deixa apreender em toda a sua importância quando olhado por mais de um ângulo”, na perspectiva de todos que direta e indiretamente tem suas esferas jurídicas atingidas pela solução da causa, inclusive o Estado, que presta a atividade jurisdicional.¹⁴¹⁶

Nesse contexto, com a simples desconsideração da coisa julgada anterior, como pondera Marcelo Bonício, “é inevitável que estarão abertas as portas para que possam ocorrer graves instabilidades no sistema jurídico, caso este tema não seja seriamente

¹⁴¹⁴ Mesmo tomando como meta principal a recuperação da empresa em crise, deve-se ponderar sobre a viabilidade de sua continuidade, que em certas situações somente poderá levar ao aumento do prejuízo aos credores, o que aconselha o encerramento de suas atividades como forma de saneamento econômico. (Cf. ARNOLDI, Paulo R. Colombo. “Análise econômico-jurídica da Lei de falências e de recuperação de empresas de 2005”, cit., *in* **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**, 1ª ed., p.140).

¹⁴¹⁵ Cf. COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.208.

¹⁴¹⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, cit., *in* **Temas de Direito Processual Civil**. 9ª série, p.244-247. Deve ser vista a importância da imutabilidade do julgado para as partes, vencido e vencedor, para os jurisdicionados de uma maneira geral, pela confiança na seriedade e eficiência do funcionamento da “máquina judicial”, e ao “próprio Estado interessa que suas decisões se armem de solidez” (pp.244-247).

compreendido”; necessário, então, que se fixem balizas para diminuir a possibilidade de instabilidade do sistema¹⁴¹⁷.

Lembremos que, apesar da relevância dos temas relativos à crise da empresa, os direitos sobre os quais versa a recuperação judicial são disponíveis, pelo que se pode concluir que não se deve tomar a coisa julgada como óbice intransponível à submissão do novo plano aos credores, a menos que se cogite de fraude, de lesão a direitos de terceiros ou de abuso do devedor, reconhecíveis pelo Judiciário ante a incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

E, logo de início, antes da deliberação em assembleia, o que deve ser submetido ao controle do Judiciário é a necessidade de novo plano¹⁴¹⁸. Veja-se que o processo de recuperação judicial é instrumento público que envolve questões que atingem a alguns diretamente, nas situações de sacrifícios dos credores, como também a outros indiretamente, e a todos, de forma difusa, em vista da propagação dos efeitos econômicos negativos resultantes da demora para a solução da crise da empresa e da questão atinente ao tempo necessário para a solução do processo, que repercute sobre os custos públicos e privados e até sobre o congestionamento judicial.

O controle jurisdicional sobre a justificação apresentada pelo devedor para a nova proposta deve incidir sobre a insuficiência da solução anteriormente aprovada¹⁴¹⁹ e as

¹⁴¹⁷ Cf. BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**, cit., 1ª ed., 2006, p.194.

¹⁴¹⁸ Veja-se que até mesmo em situações mais extremas não é possível prescindir do controle judicial, como é o caso, por exemplo, da relativização da coisa julgada em hipótese de ulterior declaração de inconstitucionalidade de lei, que não se estende automaticamente à situação julgada, necessitando o controle judicial no caso concreto. Nessa hipótese, como pondera Flávio Luiz Yarshell, “nem mesmo parece possível – não, ao menos, de forma indiscriminada - considerar que a aplicação do princípio da proporcionalidade se faça de maneira geral. Quando muito, no caso concreto, poder-se-ia cogitar da desconsideração da coisa julgada pela prevalência de outro interesse – aí sim, superior no confronto com o primeiro, feito o exame em cada caso concreto” (**Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 256).

¹⁴¹⁹ No sistema norte-americano, embora o processo não prossiga durante o período em que o plano aprovado é posto em prática, nem por isso deixa de haver preocupação com a colocação da empresa em bases econômicas sólidas. Como esclarece a doutrina: “During the period between the filing of the case and the formulation of the reorganization plan, steps must be taken to stem operational losses and to place the business enterprise on a sound economic footing. This turnaround period may involve months or even years of operation under the Chapter 11 court umbrella, for until an economically viable venture has been assured or is at least predictable, a predictably feasible plan (other than a liquidation plan) cannot be formulated or effected. The efforts made and the steps taken during this time are sometimes referred to colloquially as “keeping the ship afloat” (TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law**, cit., 6ª ed., 2009, p. 443)

eventuais alterações das condições econômicas e outras situações às quais pode se sujeitar o devedor após a aprovação do plano original¹⁴²⁰.

Como não há disciplina a respeito dessa situação, os níveis de informação aos sujeitos do processo devem se apresentar suficientes para a cognição da nova pretensão, bem como para evidenciar a manutenção da viabilidade da empresa¹⁴²¹.

A referência à aptidão para o desenvolvimento da empresa como pressuposto necessário para a superação da coisa julgada, nessa hipótese, justifica-se pelo fato de que tanto a extinção da empresa viável como a sobrevivência da empresa inviável não contribuem para o desenvolvimento da ordem econômica e não fazem alcançar os resultados esperados pelo sistema de tratamento da empresa em crise

Nesse sentido, já se reconheceu, apesar da aprovação pelos credores do novo plano, apresentado em substituição a outro anteriormente homologado, que a empresa não era recuperável e que, portanto, não poderia haver nova chancela do Judiciário à deliberação da maioria dos credores¹⁴²². É preciso evidenciar que nessas situações, em que for manifesta a inviabilidade da empresa, sequer haveria de se por a questão à assembleia de credores¹⁴²³,

¹⁴²⁰ São exemplos de fatos que podem influenciar de forma sensível as condições do devedor: a variação cambial abrupta, para uma empresa do ramo de importação ou exportação; a elevação em grandes proporções dos custos de insumos e de matérias primas essenciais a determinada atividade produtiva; o agravamento da crise de setores específicos da área econômica pelas mais variadas causas, e até mesmo por ter sido subestimada a crise da empresa que, embora viável, não conseguiu antever a impossibilidade de cumprimento do plano proposto. Nesse contexto, o controle jurisdicional deve se dar no sentido da análise da pertinência ou não da desconsideração da coisa julgada no caso concreto, com base na justificativa de necessidade da alteração proposta e de ser ou não manifesta a inviabilidade da empresa, para que sejam preservados legítimos direitos, conciliando-se, na medida do possível, com o valor representado pela segurança jurídica.

¹⁴²¹ Cf. PAIVA, Luiz Fernando Valente. “Necessárias alterações no sistema falimentar brasileiro”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.144.

¹⁴²² Nesse sentido: AI. 0114685-06.2012.8.26.0000, Comarca de Guarulhos, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, v.u. j.30.10.2012; AI. 1.0525.09.161287-5/001, Comarca de Pouso Alegre, TJMG, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Oliveira Firmo, v.u., j.29.09.2015; AI. 2079381-38.2014.8.26.0000, Comarca de Ibitinga, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 11.05.2016. Neste último caso, inclusive, além do inadimplemento das obrigações pactuadas no plano original, constatou-se a ausência de atividade produtiva na empresa, “elementos que demonstram que a situação das agravadas não pode ser entendida como de empresas recuperáveis”, motivo pelo qual se reconheceu que a solução devida seria a decretação da quebra.

¹⁴²³ Nesse sentido: AI. 0167028-27.2016.8.21.7000, Comarca de Porto Alegre, TJRS, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, v.u. j. 31.08.2016. Neste caso, reconheceu-se que a recuperação judicial já tramitava por sete anos, tendo já sido ultrapassado, e muito, o biênio de observação até aquele momento processual, o que demonstrava a impossibilidade da continuidade do procedimento.

por evidente desperdício de atos processuais, com a realização de nova convocação dos credores, mais uma assembleia, enfim, contrariando os objetivos de celeridade e economia.

Mas, ainda que não seja manifestamente inviável a empresa, outros problemas ainda se apresentam, como a questão relativa à vinculação daqueles que não estariam presentes à nova assembleia, havendo decisões no sentido de que os credores ausentes ou dissidentes não devem se submeter às deliberações posteriores¹⁴²⁴, o que certamente contraria os propósitos da recuperação¹⁴²⁵ e até mesmo a isonomia.

Se desconsiderada a coisa julgada que pesa sobre a decisão que homologou plano anterior e for aprovado novo plano pela maioria, todos devem estar vinculados à nova solução¹⁴²⁶. Não nos parece ser possível antever exceção a essa orientação nem mesmo na hipótese de haver abuso do devedor.

Em sentido contrário, consoante se reconheceu em precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo o credor recebido vultosa quantia supervenientemente à homologação de plano anterior, apresentou nova proposta aos credores com enormes deságios, que foram aceitos pela maioria, sendo reconhecido, em sede de recurso, que somente os credores que aceitaram a nova proposta deveriam se sujeitar a ela, não valendo para os dissidentes as novas condições¹⁴²⁷. Com a devida vênia, se reconhecida a abusividade no caso concreto, pelos referidos deságios, essa qualificação da proposta atinge a todos credores e como tal deveria ser declarada, determinando-se, em vista da melhora superveniente das condições da empresa, a apresentação de novo plano mais vantajoso a todos, para que fosse observada a aplicação do princípio da isonomia no caso concreto.

¹⁴²⁴ Nesse sentido: AI. 0308401-32.2011.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 25.02.2013; AI. 994.09.282061-9, Comarca de São Paulo, TJSP, Câmara Reservada de Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, v.u. j. 04.05.2010.

¹⁴²⁵ Cf. PAIVA, Luiz Fernando Valente. “Necessárias alterações no sistema falimentar brasileiro”, cit., in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.147.

¹⁴²⁶ Conforme Enunciado n.77, da II Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, “As alterações no plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quórum previsto no artigo 45 da Lei n.11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, par. 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença”.

¹⁴²⁷ Nesse sentido: AI. 2232294.05.2014.8.26.0000, Comarca de São Carlos, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 09.09.2015. Nesse caso, foi reconhecida a “caracterização de abusividade e consequente ilegalidade que permite o controle judicial. Possibilidade de pagamento na forma do plano anterior evidenciada”.

Em suma, para que o processo de recuperação judicial represente verdadeiramente meio de tutela adequada e efetiva¹⁴²⁸, não havendo disciplina na LRE e diante da necessidade de modificação do plano anteriormente aprovado pelos credores, imprescindível à manutenção de empresas viáveis, sob pressupostos específicos que não podem ser afastados do controle jurisdicional, deve-se considerar que a imutabilidade que pesa sobre a sentença que homologou a anterior decisão dos credores não é absoluta, admitindo-se a apresentação de novo plano enquanto não encerrado o processo de recuperação, valendo as disposições procedimentais já estabelecidas para o plano original.

Assim, em que pesem os precedentes em sentido contrário¹⁴²⁹, admitida na hipótese a desconsideração da coisa julgada, deve-se garantir o devido processo legal¹⁴³⁰, que inclui a advertência antecipada de que os termos da nova proposta, caso aprovada pelos presentes à assembleia, vincularão a todos, presentes e ausentes, em virtude do princípio constitucional da isonomia, que na recuperação judicial se traduz na *par conditio creditorum*.

8.7 A decretação da falência na recuperação judicial

No Brasil, a falência é vista como sinal pejorativo e não raramente associada à ideia de crime ou de mau comportamento do empresário, diferentemente de outros países, como nos Estados Unidos, em que o fenômeno da empresa em crise é exergado como risco

¹⁴²⁸ O direito fundamental à tutela adequada e efetiva, como esclarece Daniel Mitidiero, “implica no reconhecimento da existência de um direito à proteção jurisdicional adequada e efetiva. Adequada, no sentido de que esteja atenta às necessidades do direito material posto em causa e à maneira como esse se apresenta em juízo (em suma, ao caso concreto levado ao processo); efetiva, no sentido de que consiga realizá-la especificamente e concretamente em tempo hábil” (**Processo Civil e Estado Constitucional**. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007, p.92).

¹⁴²⁹ Em sentido contrário: AI. 0308401-32.2011.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, v.u. j. 25.02.2013. No caso em questão reconheceu-se que a autonomia da vontade deveria ser preservada para aqueles aderentes à nova proposta, mas também que “qualquer alteração que piore as condições de pagamento aos credores deve ser compreendida como mera concessão individual do credor aderente, não podendo ser estendida aos credores ausentes e aos presentes que a ela se opuseram”. É de se observar que esse entendimento, em última análise, não admite a chamada relativização ou desconsideração da coisa julgada (formal) que pesa sobre a decisão que homologa o plano de recuperação original. Com a devida vênia, em alguns casos concretos, chegar-se-ia a soluções de decretar a quebra de empresas que subestimaram a crise ou que sofreram as consequências negativas de fatos supervenientes, mas que ainda permanecem viáveis, contrariando os objetivos previstos pela LRE (art.47).

¹⁴³⁰ Não obstante, na prática, tem-se visto que não são seguidas as disposições legais relativas à aprovação do plano originário, como a necessária antecedência, a demonstração de viabilidade da empresa, o prazo para a apresentação de objeções ou propostas de modificação.

normal da atividade econômica na realidade capitalista¹⁴³¹. Mais fácil superar a crise se vista a situação sem preconceitos, até mesmo se pensarmos no indispensável apoio ao reerguimento da empresa em crise, seja pela necessidade de novos investimentos, seja tão somente pela manutenção das relações comerciais existentes.

No Direito brasileiro, conforme dispõe a lei (artigo 73 da LRE) e aponta a doutrina, o juiz somente poderia decretar a falência de ofício em quatro hipóteses na pendência do processo de recuperação judicial: 1) por deliberação da assembleia geral de credores, verificado o quórum normal para deliberações, com credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia (art.42) 2) pela falta de apresentação do plano no prazo fixado na lei (art.53); 3) pela rejeição do plano de recuperação judicial votado em assembleia geral de credores (art.56, §4º e 72); 4) pelo descumprimento de obrigações assumidas no plano, antes de encerrado o processo de recuperação judicial (art.61, § 1º); 4)¹⁴³².

Diretamente relacionadas à tese sustentada e diante do panorama idealizado pela lei, algumas indagações se apresentam logo de início: é taxativo o rol apresentado pela lei? Não poderia o juiz decretar a falência da sociedade diante de outras situações como decorrência da incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional? Qual a extensão do controle jurisdicional e da autonomia das partes frente às situações relacionadas na lei?

Para responder a essas questões, cumpre analisar as alternativas que se apresentam diante do Judiciário nas situações previstas pela LRE, que podem levar à decretação da falência do devedor como medida extrema, que conduz o processo a outro rumo, verificando-as separadamente, eis que ocorrem em contextos diversos, surgidos nas diferentes fases do processo de recuperação.

¹⁴³¹ Cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e investimento na recuperação judicial”, cit., in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**, 1ª ed., 2015, p.267.

¹⁴³² Nesse sentido: CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2015, p.201; FRONTINI, Paulo Salvador. “Do estado de falido: sua configuração: inovações da nova lei de recuperação e falência”, cit., in **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** 138, 2005, pp.10-11.

8.7.1 A decretação da falência por deliberação da assembleia de credores

A primeira das situações prevista na lei que deve implicar na decretação da quebra do devedor é a deliberação da assembleia nesse sentido (art.73, I, da LRE); não se trata aqui da consequência da rejeição do plano de recuperação judicial, mas da deliberação direta dos credores no sentido de por fim ao processo de recuperação pela falência do devedor.

Mesmo reconhecendo-se a soberania da decisão da assembleia geral de credores¹⁴³³, a ponderação necessária sobre a incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre a deliberação extrema dos credores faz chegar a uma conclusão necessária: deve haver referência aos motivos da deliberação, porque, como aponta a doutrina, é necessário, “em certa medida, que o juiz adentre no exame de mérito dessa decisão assemblear, sob pena de instalar perigoso mecanismo de pressão...”¹⁴³⁴. Em suma, caberá ao magistrado verificar a circunstância que constitui o pressuposto objetivo da sua decisão¹⁴³⁵.

Por deliberação direta dos credores, deve-se restringir a consequência de decretação da falência à circunstância de não haver mais possibilidade de reorganização da empresa em crise. Não servem aqui outros fundamentos, nem mesmo o da prática de fraude pelos controladores ou administradores da sociedade.

Note-se que, por uma modalidade ou por outra, se houver o reconhecimento da prática de fraude pelo devedor, não será a decretação da quebra o melhor caminho diante do princípio da preservação da empresa e da evolução do Direito da Empresa em Crise, porque não distinguirá entre a sorte da empresa e do empresário.

¹⁴³³ Como observa a doutrina, o inciso I, do artigo 73 da LRE, somente faz referência à sistemática de votação do artigo 42 da lei, que dispõe que, para a deliberação sobre a quebra, basta o voto favorável de credores que represente mais da metade do valor total dos créditos de credores presentes à assembleia, do que se deduz que se “torna factível cogitar-se da possibilidade de aprovação de uma proposta de convocação em falência por uma pequena parte dos créditos do devedor” (ZANINI, Carlos Klein. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.332).

¹⁴³⁴ Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.360.

¹⁴³⁵ Cf. ABRÃO, Carlos Henrique e TOLEDO, PAULO F. C. Salles de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005, p.273.

Havendo fraude e sendo viável a empresa, a medida adequada é a correção dos rumos, com o afastamento da direção da empresa daqueles que lhe deram origem¹⁴³⁶, nos termos previstos na LRE (artigo 64, III), bem como ser conferida nova oportunidade, em prazo razoável, para a apresentação de novo plano, se a fraude for relativa aos seus termos, ou para realização de nova assembleia, se o vício tiver se referido ao seu procedimento ou aos quóruns necessários à aprovação do plano, ou, ainda, outras medidas combinadas com o afastamento dos administradores, se a fraude se relacionar a outros aspectos que podem influenciar o processo de recuperação.

Mas, a inviabilidade da continuidade da empresa é matéria afeta aos credores e pode ensejar a deliberação pela quebra da sociedade devedora. Não obstante, se for manifesta a impossibilidade de prosseguimento das atividades e não deliberarem os credores, poderá o juiz, apesar de não haver menção no rol da lei, decretar a falência. A situação de insolvência foi confessada com o pedido de recuperação e, se as demais circunstâncias demonstrarem a impossibilidade de prosseguimento das atividades, a falta de reação dos credores e/ou do Judiciário somente agravará as consequências negativas da crise, além dos custos e danos marginais do processo.

A exemplo dessa situação, a falta de exercício de atividade pela recuperanda antes e após o deferimento do processamento da recuperação judicial geralmente¹⁴³⁷ evidencia a inaptidão para o exercício da empresa e constitui causa que justifica a decretação da falência¹⁴³⁸ pelo juiz, ouvidas as partes e o Ministério Público, ainda que não haja deliberação dos credores nesse sentido¹⁴³⁹. Caso não seja manifesta (evidente) a impossibilidade de continuidade das atividades, compete aos credores a análise da aptidão para a superação da crise econômico-financeira pelo devedor.

¹⁴³⁶ Nesse sentido, também: RICHARD, Efraín Hugo, “**Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley**”, cit., pp.15. Como pondera o autor, nessa hipótese é de se salvar a empresa e não o empresário, devendo os juízes discernir entre os casos de abuso e de fraude, esta mais grave, no momento de rechaçar a homologação da decisão da assembleia de credores e aplicar o que eles chamam de “*tercera vía*”, para evitar a quebra (pp.15 e 19).

¹⁴³⁷ A situação, contudo, pode se mais complexa, posto que a análise sobre o funcionamento da empresa insere-se no campo de sua viabilidade, isto porque as atividades podem ter sido paralisadas por causas muito variadas, como, p. ex., greve de funcionários diante da indefinição da situação da empresa, necessidade de fusão a outra companhia como medida proposta no plano de recuperação, situações que devem ser analisadas pelo juiz se não demonstrarem, de antemão, a inviabilidade patente da empresa.

¹⁴³⁸ Cf. COSTA, Daniel Carnio. “A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa”, cit., in LUCÇA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas** – Estudos Luso-brasileiros, 1ª ed., 2015, p.60.

¹⁴³⁹ Em sentido contrário: ELIAS, Luis Vasco e NOGUEIRA, Ana Beatriz Martucci. “O deferimento do processamento da recuperação judicial”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). **Processo Societário II**. 1ª ed., 2015, p.450.

Em todo caso, como pondera a doutrina, não é razoável conferir-se poderes aos credores tão relevantes durante todo o processo, especialmente após a concessão da recuperação¹⁴⁴⁰. Após a homologação da deliberação de aprovação tem-se o título judicial que foi constituído e que deverá ser cumprido; a quebra do devedor somente se justificará, nesse momento, se não houver o cumprimento dessas obrigações.

8.7.2 A decretação da falência pela não apresentação do plano de recuperação no prazo fixado na lei

No início da fase postulatória, se o devedor desistir da ação ou o processamento da recuperação judicial não for deferido, não deverá ser decretada a quebra, mas tão somente deverá ser extinto o processo¹⁴⁴¹. Mas, depois de deferido o processamento da recuperação, a desistência deverá ser autorizada pela assembleia de credores (art.35, I, “d”, da LRE).

Vê-se que a disponibilidade do autor sobre o processo diminui após o deferimento do processamento da recuperação judicial; indisponibilidade que se traduz também nas medidas que têm por fundamento a razoável duração do processo, especificamente para que não diminuam as chances de recuperação da devedora e não se agravem os prejuízos dos credores¹⁴⁴².

Nesse sentido, a lei fixou o prazo de 60 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação, para que seja integrado o pedido com a apresentação do plano (art.53 da LRE), sancionando a inércia do devedor com a decretação da falência (art. 73, II, da LRE)¹⁴⁴³.

É preciso, contudo, conceder oportunidade ao devedor para que se justifique e, em contraditório, aos demais interessados e ao Ministério Público¹⁴⁴⁴ para que se

¹⁴⁴⁰ Nesse sentido: CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**, cit., 7ª ed., 2015, p.202; COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**, cit., 7ª ed., 2010, p.224.

¹⁴⁴¹ Nesse sentido: Apelação n. 4014214-14.8.26.0602, Comarca de Sorocaba, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, v.u. j. 20.03.2014.

¹⁴⁴² Cf. ELIAS, Luis Vasco e NOGUEIRA, Ana Beatriz Martucci. “O deferimento do processamento da recuperação judicial”, cit., in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). **Processo Societário II**, 1ª ed., 2015, p.447.

¹⁴⁴³ Em outros sistemas, como o italiano, a falta de integração do pedido leva a inadmissibilidade da demanda, sendo que somente na hipótese de requerimento de um credor ou do Ministério Público será declarada a falência (Cf. TUMIETTO, Daniele. “Modificazioni ed integrazioni nella domanda concordatária”, cit., in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* 43, 2012, p.110).

¹⁴⁴⁴ Em sentido contrário, afirmando não haver necessidade de oitiva dos credores e do Ministério Público: CASTRO, Moema Augusta Soares de. Comentários aos artigos 70 a 74 - “Da convocação da recuperação judicial em falência”, in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa

manifestem, porque a objetividade da lei não obsta o controle jurisdicional sobre a ocorrência do caso fortuito ou de força maior, que tenha obstado a apresentação do plano a tempo e que se conceda a prorrogação do prazo por motivos justificáveis diante da situação concreta¹⁴⁴⁵. Até mesmo em assembleia de credores, quando há necessidade de se reformular o plano, pode-se conceder mais prazo ao devedor, como negócio processual que pode viabilizar o melhor desfecho da recuperação judicial¹⁴⁴⁶.

8.7.3 A decretação da quebra como decorrência da rejeição do plano de recuperação proposto pelo credor

Se houver rejeição do plano pela assembleia de credores, dispõe a lei ser o caso de decretação da falência, consoante o arts. 56, paragrafo 4º e 73, IV, ambos da LRE.

Fica evidente que o legislador brasileiro concedeu grandes poderes aos credores no processo de recuperação judicial, cuja vontade não deve ser subjugada nessa hipótese, diferentemente de outros sistemas, como o Direito francês, conforme nos referimos em outra oportunidade¹⁴⁴⁷, em que são mais proeminentes os poderes conferidos ao Tribunal do Comercio, que, caso entenda ainda ser viável a empresa, pode determinar a apresentação de nova proposta, para substituir a que fora recusada, a ser ofertada pelo devedor ou por qualquer credor.

Não obstante, como já se decidiu, embora não seja possível, “de maneira ditatorial, impor à comunidade composta por todos os credores a aceitação de plano rejeitado”¹⁴⁴⁸, há alguns precedentes sinalizando para a possibilidade de não ser decretada a falência de devedor que teve seu plano rejeitado, abrindo-se oportunidade para modificação

(Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas**: Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p.483.

¹⁴⁴⁵ Nesse sentido: MILANI, Mario Sérgio. **Lei de recuperação judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência comentada**, cit., 1ª ed., 2011, p.302; ABRÃO, Carlos Henrique e TOLEDO, PAULO F. C. Salles de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**, cit., 1ª ed., 2005, p.274.

¹⁴⁴⁶ Já se decidiu no sentido de poder o juiz acolher a deliberação da Assembleia de Credores que concede prazo ao devedor para a apresentação de plano alternativo, apesar da ausência da fixação de prazo para essa finalidade na Lei n.11.101/05 (Cf. AI. 461.740-4/4-00, Comarca de São Paulo, TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec. Jud. Dir. Priv., rel. Des. Romeu Ricupero, v.u. j. 10.10. 2010).

¹⁴⁴⁷ Cf. RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim “O papel reservado aos credores pelo sistema concursal francês”, cit., in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa 2**, 2016).

¹⁴⁴⁸ Cf. AI.0161912-55.2013.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Fortes Barbosa, v.u. j.20.03.2014.

do plano e nova apresentação à assembleia de credores¹⁴⁴⁹, o que demonstra, apesar da ausência de previsão legal, que a consequência de quebra não deve ser automática, incidindo sobre essa questão o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Há que se ponderar a respeito da função social do crédito e sobre a preservação da empresa, para que haja equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos, como também o atendimento às expectativas sociais e a responsabilidade de todos para com a coletividade¹⁴⁵⁰. Para a concretização desses valores, o processo de recuperação deve ser apto a congregar vontades divergentes, para que seja efetivo, alcançando o consenso quando este se mostrar possível¹⁴⁵¹.

Mas, em hipóteses em não houve o consenso, não devem ser eternizadas as negociações e a decretação da quebra é a medida a ser tomada. O sistema criado pela LRE diminuiu o campo de atuação do juiz, reservando à autonomia da vontade grande espaço ao conferir poderes às partes em consenso para a solução de crise vivenciada pela empresa. Há situações, como nos referimos, que pode haver abuso do direito de voto por parte de algum credor, cuja posição seja relevante para o resultado final apurado; não havendo abuso, entretanto, a falência deve ser decretada. É necessário que se compreenda, que a solução em favor do reerguimento deve ser sempre consensual e a previsão de decretação da quebra no caso de rejeição do plano, como destaca a doutrina, “consiste em mais um incentivo à negociação entre os agentes econômicos envolvidos no processo, já que, em geral, a falência representa, especialmente para o devedor, um resultado inferior ao esperado com a recuperação da empresa”¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁹ Nesse sentido: AI. 461.740.4/4-00 ou 0132793-93.2006.8.26.0000, Comarca de São Paulo, TJSP, Câm. Esp. de Fal. e Rec. Jud. Dir. Priv., rel. Des. Manoel Pereira Calças. v.u. j. 28.02.2007; AI.0012556-83.2013.8.26.0000, Comarca de São José dos Campos, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ligia Araújo Bisogni, v.u. j. 2.09.2013; AI.2159006-24.2014.8.26.0000, Comarca de Barueri, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, v.u. j. 09.12.2014.

¹⁴⁵⁰ Por outras palavras, é preciso que seja economicamente eficiente a solução a ser adotada para a crise da empresa, para que as consequências sociais sejam, na medida do possível, menos prejudiciais; o que não implica concluir que o Judiciário poderia dispor de interesses individuais legítimos, impondo uma solução que implicasse, por exemplo, a redução de percentuais dos débitos ou o prolongamento de prazos para pagamento de dívidas ou, ainda, outras formas de extinção das obrigações.

¹⁴⁵¹ O sistema concursal, como aponta Arnoldi, deve criar um ambiente “propício de negociação e de cooperação, estimulando credores e devedores a buscar a solução mais eficiente para o caso, quer seja a de recuperação ou, não sendo possível, a sua liquidação” (Cf. ARNOLDI, Paulo R. Colombo. “Análise econômico-jurídica da Lei de falências e de recuperação de empresas de 2005”, cit., *in* **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**, 1ª ed., p.140).

¹⁴⁵² SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p.231; AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.214.

8.7.4 A falência diante do descumprimento das obrigações assumidas no plano aprovado pelos credores e homologado pelo juiz

Aprovado o plano e homologada a deliberação da assembleia de credores pelo juiz, estará formado o título judicial e será dado início à fase de execução do processo de recuperação judicial, que deve perdurar por dois anos (art.61 da LRE). Cumpridas as obrigações vencidas nesse prazo, o processo de recuperação deve ser encerrado por sentença (art.63). Se houver o descumprimento de obrigações fixadas no plano após o encerramento da recuperação, em processo específico, poderá o credor pleitear a execução do título judicial que se formou na recuperação ou mesmo requerer a falência do devedor¹⁴⁵³. Se, contudo, o descumprimento das obrigações estipuladas no plano ocorrer antes do encerramento do processo, constituirá causa para a decretação da falência ainda no curso da recuperação judicial (art. 73, IV, da LRE).

Não obstante a previsão da lei, a decretação da quebra não deve ser automática, é preciso que se cumpra o devido processo legal, reservando-se oportunidade ao contraditório e à ampla defesa, para que se possa exercer o controle jurisdicional sobre a adequação da solução prevista na lei à hipótese concreta¹⁴⁵⁴.

Como pondera a doutrina, o descumprimento da obrigação muitas vezes “não se hospeda na vontade livre e precisa do devedor, mas nas circunstâncias que passam ao largo do seu querer, tudo isso até a mudança do plano que poderá suceder, ou a colocação de formas alternativas que não prejudiquem a massa de credores”¹⁴⁵⁵. Além disso, pode ser oportuno, diante do caso concreto, que se conceda prazo para o adimplemento da obrigação em atraso¹⁴⁵⁶, especialmente, se o obstáculo que impediu o seu cumprimento for superável a

¹⁴⁵³ Nesse sentido: BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**, cit., 10ª ed, 2014, p.199. Como esclarece o autor, o novo pedido será distribuído livremente.

¹⁴⁵⁴ Conforme ponderam Ayoub e Cavali, “para aferir o decumprimento (*rectius*, inadimplemento) é necessário interpretar o plano de recuperação, à semelhança dos contratos, que devem ser interpretados para aferir se ocorreu o não o inadimplemento” (Cf. AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**, cit., 2ª ed., 2016, p.310).

¹⁴⁵⁵ Cf. ABRÃO, Carlos Henrique e TOLEDO, PAULO F. C. Salles de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**, cit., 1ª ed., 2005, p.277. Como afirma o autor, essa perspectiva “deve ser analisada por todos os interessados para não prejudicar o norte das atividades e prematuramente encerrar o negócio” (p.278).

¹⁴⁵⁶ Cf. SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**, cit., 1ª ed., 2016, p. 364.

curto prazo ou se houver controvérsia sobre os termos de determinada obrigação fixada no plano.

9. CONCLUSÕES DA TERCEIRA PARTE

Os meios processuais utilizados pelo Direito Concursal sofreram profundas alterações ao longo da história, acompanhando as tendências de humanização e de eficiência dos respectivos instrumentos e, no ponto atual desse percurso, o consensualismo, apoiado sobre a autonomia da vontade das partes, constitui hoje um dos principais instrumentos postos à disposição do chamado Direito da Empresa em Crise, tanto no Brasil como em outros sistemas contemporâneos, embora sob diferentes medidas e com características próprias, moldadas ao contexto de cada país.

No Direito brasileiro vigente, a noção de que os direitos não são absolutos e o conhecimento das limitações derivadas da função social que lhes é atribuída, permite conceber, ao menos teoricamente, um sistema misto de solução de controvérsias voltado à crise da empresa e à reorganização do devedor, que combina os distantes instrumentos da negociação e do exercício da jurisdição.

Se as demonstrações desses fatos constituíram os objetivos das duas partes anteriores do presente estudo, nesta, voltou-se a atenção à convivência, na prática, entre a autonomia da vontade e o poder jurisdicional, esboçando o necessário contorno de seus limites, sem pretender esgotar o que parece ser inesgotável, as questões que se submetem aos nossos tribunais, absolutamente fundamentais para garantir a proteção aos diversos interesses em questão no processo de recuperação judicial, mas que não podem por em risco o sistema de negociação, que constitui o meio ideal para equacionar os problemas relacionados à crise da empresa.

A busca pela estabilidade desse modelo implica na necessária delimitação dos poderes dos sujeitos processuais na recuperação judicial e não raramente leva os tribunais à questão de decidir o que decidir, tarefa nem sempre fácil, especialmente diante das lacunas da LRE, seja pela ausência de disciplina ou pelo regramento insuficiente da lei sobre temas de grande relevância para os objetivos traçados pelo legislador.

Essas lacunas podem ser sentidas em temas do direito material e do processo, relacionados ao litisconsórcio ativo, indispensável para enfrentar a crise econômico-financeira de grupos de empresas; de muitas questões que giram em torno da assembleia de

credores, para o favorecimento de um ambiente de negociação sem que se comprometa a validade de suas deliberações; sobre as diversas modalidades em que se pode manifestar o abuso do direito, seja por parte do devedor, nos termos de sua proposta, como também pelo exercício do direito de voto pelos credores; a respeito da fraude e da ineficácia dos atos de disposição previstos no plano, que podem comprometer legítimos interesses de credores dissidentes ou dos que não se sujeitam ao processo concursal; da superação judicial do veto dos credores à proposta do devedor; em relação à possibilidade de apresentação de novo plano já na fase de cumprimento da recuperação, diante do agravamento da crise ou da insuficiência das soluções aprovadas em plano anterior, e o conseqüente problema da desconsideração da coisa julgada formal, e ainda das diversas situações que podem ensejar a decretação da falência da recuperanda nas sucessivas fases do processo.

O sistema consensual instituído pela Lei n.11.101/05 e a disciplina incompleta da lei sobre os temas referidos levam a pensar se o consenso da maioria importaria na mitigação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e se a assembleia de credores seria absolutamente soberana, estando o Judiciário vinculado às suas decisões.

De maneira geral, “cada vez encontra maior aplauso a ideia fundamental do movimento reformador no sentido de atribuir ao juiz maior liberdade”¹⁴⁵⁷; não obstante essa constatação, a cobertura geral do sistema de direitos e a garantia constitucional da ação e da inafastabilidade da tutela jurisdicional não é total e nem absoluta, havendo limitações legítimas, que constituem “fator de racionalidade e realismo no sistema”, e outras ilegítimas, que não podem ser aceitas¹⁴⁵⁸.

A soberania da assembleia de credores para a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial constitui uma dessas limitações à tutela jurisdicional, prevista pelo sistema da LRE e acolhida na jurisprudência, que tem reconhecido, como vimos, que ao magistrado não compete a análise sobre a viabilidade da empresa, a factibilidade do plano e a sua potencial eficácia para a superação da crise econômico-financeira do devedor. Principalmente, cabe ao credor decidir, dentro de parâmetros razoáveis, sobre as questões econômicas surgidas no processo de reorganização da empresa, em especial, se aceita ou não

¹⁴⁵⁷ Cf. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**, cit., tradução de José Osório, 1947, p.5.

¹⁴⁵⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, cit., vol. I., p.115.

a proposta do devedor, algo que deve fazer imbuído do normal interesse de minimização dos prejuízos.

Embora a lei não tenha dado uma fórmula para definir o que a doutrina e a jurisprudência têm chamado de “controle de legalidade”, que se refira aos limites da atividade jurisdicional em todas as questões aqui suscitadas e em outras que podem surgir no processo de recuperação, da qual se poderia deduzir, por exclusão, também os limites da autonomia da vontade, deve-se entendê-lo de forma mais ampla como o controle de conformidade ao Direito, tanto para temas do direito material como para o processo, que devem ser aproximados e dirigidos por caminhos que não levem a soluções injustas.

E, nesse contexto, nem sempre o órgão judicial fica vinculado ao resultado do consenso das partes, tanto em matéria processual quanto em relação às questões substanciais que podem surgir no processo de recuperação.

Sob aspectos processuais, como nas deliberações da assembleia de credores sobre questões procedimentais, sobre a formação do litisconsórcio ativo ou mesmo em relação a outras questões aqui tratadas, há que se respeitar o que é cogente no processo civil, embora deva se reconhecer que nem sempre há clareza sobre o que é ou não imperativo no processo civil. Talvez um bom critério seja aquele de identificar nas regras processuais criadas pelas partes aquelas que atentam ou não contra os objetivos da jurisdição.

Some-se que sistema instituído pela Lei n.11.101/05, tendo em conta a coexistência de interesses públicos e privados, individuais e coletivos, deve ser interpretado de forma a possibilitar, *in concreto*, a utilização de mecanismos processuais, às vezes não expressos na lei, para a proteção de interesses do devedor, de credores, ainda que não submetidos à recuperação, não atribuindo exclusivamente a um dos sujeitos processuais a decisão sobre os destinos da empresa, ao contrário do que possa parecer.

Considera-se como solução ideal aquela construída pelas partes no processo, até mesmo diante da necessidade de continuidade das atividades empresariais e, em muitas situações, de novos investimentos para enfrentar a crise da empresa, objetivos que não são alcançados com soluções impostas. Não obstante, não há que se abdicar da tutela jurisdicional para o devedor, ainda que diante de hipótese de decretação da falência; para os credores, até mesmo aqueles que rejeitaram o plano aprovado ou que aceitaram a proposta que fora recusada pela maioria na assembleia; como ainda não se pode prejudicar aqueles que estão fora do processo em favor daqueles que dele participam, devendo lhes ser

franqueado o acesso à relação processual e as respectivas garantias, caso necessário, para que a recuperação judicial solucione problemas de forma equânime.

Para o devedor que teve o plano rejeitado e para os credores dissidentes da maioria há situação semelhante à perspectiva da parte vencida no processo de conhecimento, que teve contra si decisão de mérito, mas que nem por isso deixa de ser destinatária da tutela jurisdicional.¹⁴⁵⁹

Não se olvide, ainda, mesmo diante da disponibilidade dos direitos individuais em questão, que também a sociedade é destinatária da tutela jurisdicional no processo de recuperação, posto que, apesar de econômicos e financeiros os problemas relacionados à crise da empresa, nunca deixam de refletir socialmente suas consequências.

O sensível equilíbrio entre o exercício do poder jurisdicional e a solução negociada é essencial para que a solução alcançada não implique maiores sacrifícios do que aqueles que inevitavelmente seriam sentidos pelos envolvidos e para equacionar os problemas relacionados à crise da empresa, objetivo principal do processo introduzido pela Lei de Recuperação.

¹⁴⁵⁹ Consoante esclarece Yarshell, “é possível falar em tutela jurisdicional do demandado e até mesmo do vencido porque a tutela não está apenas no resultado do processo, mas nele próprio”, como instrumento destinado a realização do direito material. A tutela jurisdicional não se reduz apenas ao resultado favorável a uma das partes, mas deve abranger os meios predispostos ao exercício da jurisdição (YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, cit., 1ª ed., vol. I, 2014, p.79). Como reiteradamente se tem apontado, a tutela jurisdicional deve, na prática, estar presente no processo de recuperação judicial para a garantia de regularidade do procedimento, que deve atender aos fins que se destina; para as oportunidades de postulação de pretensões, na possibilidade do exercício de posições de vantagens ao longo do processo e na possibilidade de efetiva participação do processo a aqueles que por ele são atingidos.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. “A crise da empresa e os meios recuperacionais”, *in Revista de Direito Recuperacional e Empresa* **1**. São Paulo: Thomson Reuters. 2016.

_____ e TOLEDO, PAULO F. C. Salles de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005.

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. **Do abuso de Direito** – Ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais. 1ª edição. Coimbra: Almedina. 2006.

ABRIANI, N. et al. **Diritto fallimentare**: Manual breve. 1ª edição. Milão: Giuffrè. 2008.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Abuso de minoria em Direito Societário** (Abuso de Posições Subjetivas Minoritárias). Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

ALCALÁ-ZAMORRA y CASTILLO, Niceto. “Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria”, *in Studi in onore di Enrico Redenti*. V. I. Milão: Giuffrè. 1951.

_____. **Proceso, autocomposicion y autodefensa**. 2ª edição. México: UNAN. 1970.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

_____. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *in Revista Española de derecho Constitucional* **66**. Ano 22. Setembro-dezembro de 2002.

AMBROSINI, Stefano. “Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di interferenza tra diritto concorsuale e disciplina codicista”, *in Il nuovo*

concordato preventivo a seguito della riforma. *Quaderni* n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.28-32.

_____. “**La deliberazione del concordato in Crisi d’impresa e Fallimento**”. Data de publicação: 31.05.2014. Disponível em <http://www.ilcaso.it/articoli/cri.phd?id_cont=428.php>. Último acesso em: 25.09.2017.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. **Fungibilidade de meios**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006.

SILVA, José Anchieta. “O plano de recuperação judicial (O plano além do plano)”, in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da contratualização do processo”, in **Revista de Processo 193**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Março/ 2011.

ANDRADE, Ronaldo Alves. “Comentários aos artigos 35 a 46- Da assembleia geral de credores”, in Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (coordenadores), **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**”, 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

ANDREWS, Neil, “Relações entre a Corte e as partes na era do case management” in **Revista de Processo**. N.217. 2013.

ANDRIGHI, Fátima Nacy. “Do caráter extraconcursal dos créditos falimentares decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nacy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituzioni di Diritto Romano**. 11ª edição. Napoles: Casa Ed. Dott. Eugenio Jovene. 1962.

ARMELIN, Donaldo. “Flexibilização da coisa julgada”, in **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Número especial. Jan./Dez 2003.

ARNOLDI, Paulo R. Colombo. “Análise econômico-jurídica da Lei de falências e de recuperação de empresas de 2005”, in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005. Pp.135-153.

ASCARELLI, Tulio. “Interesse sociale e interesse comune nel voto”, in **Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile**. Ano V. 1951. Milão: Giuffrè. Pp.1145-1167.

_____. “Sui potere della maggioranza nelle società per azione ed alcuni loro limiti”, in **Rivista del Diritto Commerciale**. Ano XLVIII. 1950. Pp. 169-197.

ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”, in **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro 104**. Outubro- dezembro. 1996. Pp. 105-126. (Tradução de Fábio Konder Comparato do artigo original: “Profilli dell’impresa”, in **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni 41**. N.1. 1943. Pp.75 e s.s)

ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 19ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, in **Revista de Direito Administrativo 215**. Janeiro/março de 2009. Pp. 151-179.

_____. “Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in **Revista Trimestral de Direito Público 24**. São Paulo: Editora Malheiros. 1998. Pp.159-179.

AYDOGDU, Roman. “Atualités en matière de liquidation (deficitaire)” in THIRION, Nicolas (coord.) **Reorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire**. Actualiés et pratique. V. 120. Liège: Athemis. 2010.

AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 2ª edição. Rio de janeiro: Forense. 2016.

AZAR, Ziad Raymond. “Bankruptcy policy: an empirical investigation of 50 jurisdictions worldwide”, in **American Bankruptcy Law Journal** **82** (2008). Pp. 1-100. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1079724>>. Último acesso em: 15.11.2017.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Um estudo da penhora**. São Paulo: Resenha.1993.

AZZOLINA, Umberto. **Il fallimento e le altre procedure concursali**. 1961.

AZZONI, Clara Moreira. **Ação revocatória: a dimensão da dicotomia “ineficácia objetiva” e “ineficácia subjetiva”** (artigos 129 e 130 da Lei 11.101/05). Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. 2012.

BAIRD, Douglas G. “Substantive Consolidation Today”, in **Boston College Law Review** **47** (2005). Pp.5-22. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2020&context=journal_articles>. Último acesso em 15.11.2017.

_____. “Bankruptcy’s Uncosted Axioms”. **Yale Law Journal** **108** (1998-1999). Pp.573-599. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2012&context=journal_articles>. Último acesso em 15.11.2017.

_____; RASMUNSEN, Robert K. “The end of *Bankruptcy*”, in **Stanford LAW Review** **55** (2002-2003). Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Último acesso em 15.11.2017.

BALZ, Manfred. “Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the german insolvency law”, in **Brooklyn Journal of International Law** **23**. 1997. Pp.167-179. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1673&context=bjil>>. Último acesso em 15.11.2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Convenções das partes sobre matéria processual”, in **Temas de Direito Processual Civil**. 3ª série. São Paulo: Saraiva. 1984.

_____. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, in **Temas de Direito Processual Civil**. 9ª série. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. “Privatização do processo?”, in **Temas de Direito Processual** (sétima série). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2001.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca. **Aspectos processuais da recuperação judicial**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. 2012.

BASTOS, Joel Luis Thomaz. “Liticonsórcio ativo e consolidação substancial na recuperação judicial”, In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.), **10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin. 2015. Pp.211-218.

BATISTA, Carolina Soares João, CAMPANA FILHO Paulo Fernando, Miyazaki, Renata Yumi e CERZETTI, Sheila Christina Neder. “Contribuições Interpretativas “*Best Interest of Creditors*” ou “*Unfair Discrimination*”, in **RDM 143**. Pp.202-242.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. “Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?” in **Garantismo Processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016.

BENETTI, Sidnei. “O processo de recuperação judicial”, in Luiz Fernando Valente de Paiva (Coord.), **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo:Quartier Latin. 2005.

BERIZONCE, Roberto Omar. “El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba em el proceso por audiencias”, in **La prueba**, homenaje al maestro Hernando Devis Echandia. 1ª edição. Bogotá: Universidad Libre. 2002.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falência comentada**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

BIANCO, Carlo. “Il concordato preventivo in continuità”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.59-69.

BOWLING, Scott R. “**Substantive consolidation and parties’incentives in Chapter 11 proceedings**”, disponível em <<https://annualsurveyofamericanlaw.files.wordpress.com/.../341-b.>>. Último acesso em 07/04/2017.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**. 1ª edição. São Paulo: Atlas. 2006.

_____. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2016.

BORBA, José Eduardo Tavares. **Direito Societário**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

BORGES FILHO, Daltro de Campos. “A eficiência da lei n. 11.101 e os enunciados 44, 45 e 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial”, in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

_____; LEVY, Daniel de Andrade. “A sucessão das dívidas resultantes da Lei Anticorrupção (Lei n.12.846/2013) na recuperação judicial”, in **Revista do Advogado. São Paulo. V.36**. n.131. Outubro. 2016. Pp.42-54.

BORGES, Marcos Afonso. Jurisdição Voluntária. Direito Processual Civil. Conferências, in **Revista de Processo**. Vol. 11-12. São Paulo: RT. Julho-dezembro de 1978. Pp. 209-219.

BRAICK, Patrícia Ramos. Mota, Miriam Becho. **História das cavernas ao terceiro milênio**. 3º edição. São Paulo: Moderna.

BROUDE, Richard F. “Cramdown and Chapter 11 of the Bankruptcy Code: The Settlement Imperative”, in **The Business Lawyer** 39, no. 2, 1984, pp. 441–454. Disponível em: <*JSTOR*, JSTOR, www.jstor.org/stable/40686562>. Último acesso em 29.08.2017.

BRUNET, Andrée. “Propos critiques sur le projet de réforme du droit français de la fallite”, in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Ano 10. N.36. Abril-junho de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BUENO, Cassio Scarpinella. “Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias”, in **Revista de Processo**. Ano 29. Janeiro – fevereiro de 2004. Pp.22-76.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. **Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2014.

_____. “Cessão de crédito na recuperação judicial”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. São Paulo: Saraiva. 1º edição. 1952.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: entre o privatismo e o publicismo**. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2015.

CADIET, Loic. “Les conventions relatives au procès n droit français sur la contractualisation du règlement des litiges”, in **Revista de Processo 160**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jun./ 2008.

CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**. 3ª edição. Lisboa: Editorial Verbo.

CAFFI, Mario. “I Concordati”, in “**Il Diritto Fallimentare riformato**”. 1ª edição. Padova: CEDAM. 2008. Pp.101-110.

CALAMANDREI, Piero. “Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”, in **Rivista di Diritto Processuale Civile V- Parte I**. Padova: CEDAM. 1928. pp.1-22.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Créditos submetidos à recuperação judicial”, in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores),

Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudos Luso-brasileiros. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

_____. “Reflexão sobre o litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupo econômico na recuperação judicial”, *in* YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina. 2003.

CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”, *in* **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano LXII – Suplemento n.3. Milão: Giuffrè. Setembro 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, *in* **Revista de Processo**. n. 74. Abril-junho de 1994.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Intervenção de terceiros**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução da 5ª edição italiana por Adrán Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda. 1999.

_____. “Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’ assemblea delle anonime”, *in* **Rivista di Diritto Commerciale** 1, 1926. Pp. 176-182.

_____. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM. 1936. V.I.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial**. Vols. III, 5ª edição. São Paulo: Freitas Bastos. 1954.

_____. **Tratado de Direito Comercial**. Vol. VII, 3ª edição. São Paulo: Freitas Bastos. 1939.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários aos artigos 35 a 40 - “Da assembleia de credores”, in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05**, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

CASEY, Anthony J. “The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11”, in **The University of Chicago Law Review** **78** (2011), n. 3.

CASTRO, Moema Augusta Soares de. Comentários aos artigos 70 a 74 - “Da convocação da recuperação judicial em falência”, In CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05**, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

CATERINI, Enrico. **Crisi d'impresa: ristrutturazioni e concordato preventivo: Atti del Convegno** - Cosenza 23 gennaio 2014 - a cura di Enrico Caterini (Italian Edition) (Locais do Kindle 1005 a 1065). Edizioni Scientifiche Calabresi. Edição do Kindle.

CATTANEO, Giovanni. “Buona fede obiettiva e abuso del diritto”, in **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**. 1971. Pp. 613-659.

CAVALI, Cássio. “A teoria da recuperação da empresa na recuperação judicial”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2012.

_____; SATIRO, Francisco – “A silenciosa consolidação da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais”, in **Revista do Advogado**. São Paulo. v.36. n.131. out. 2016. Pp.216-23.

_____. “O papel dos credores no *Bankruptcy Code*”, in **RDM 151/152**. 2009. Pp.164/186.

_____. “O passo seguinte ao Enunciado 57: em defesa da votação nas suclasses”, in **Revista Comercialista** 13. 2015. Pp.24/27.

_____. “As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial”, in TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

_____. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal”, in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

_____ e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. “Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência”, in **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Giurisdizione volontaria e competenza”, in **Rivis. Diritto Proc.** 1925, parte II.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. Tradução brasileira. 1ª edição. São Paulo. 1942.

CIERVO, Gianpaolo. “Il giudizio do fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza dela suprema corte”, in **Il nuovo Diritto delle Società**. Italia Oggi. Anno 13 – Numero 3. 4 febbraio. 2015. Pp.28-51. Disponível em: <http://www.academia.edu/10837666/Il_giudizio_di_fattibilit%C3%A0_del_piano_di_concordato_preventivo_nella_recente_giurisprudenza_della_Suprema_Corte>. Último acesso em 17.11.2017.

CINTRA, Lia Carolina Batista. “Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil”, in **Garantismo Processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016.

CLARO, Carlos Roberto. “Apontamentos sobre a ineficácia relativa e revogação de ato na falência”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa** 1. Julho- setembro.

São Paulo: Thomson Reuters. 2016. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017.

CLARO, Roberto Del. “Devido processo legal, direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil”, *in* **Revista de processo 126**. São Paulo: RT. Agosto de 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de empresas**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garantia Costituzionale dell’azione ed il processo civile**. Padova: Cedam. 1970.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 5ª edição. Bolonha: Mulino. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

_____. “Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial”, *in* **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva. 1990.

_____. “Função social da propriedade dos bens de produção”, *in* **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. 1º edição, 2º tiragem. São Paulo: Saraiva. 1995.

_____. “Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença”, *in* **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. 1º edição, 2º tiragem. São Paulo: Saraiva. 1995.

_____. **Aspectos jurídicos da macroempresa**. São Paulo: RT.1970.

COROTTO, Suzana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão**: comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a

Insovenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática. 1ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2009.

CORRE, Pierre-Michel Le. **Droit des entreprises en difficulté**. 2ª edição. Paris: Dalloz. 2006.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense. 2009. (arts. 47 a 74).

CORTI, Andrea. “La transazione fiscale e previdenziale nel concordato preventivo: profili evolutivi dell’instituto”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.32-59.

COSTA, Daniel Carnio. “O novo método da gestão democrática de processos de insolvência”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

_____. “A divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial da empresa”, in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudos Luso-brasileiros**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

COSTA, Ricardo Brito. “Recuperação judicial é possível o litisconsórcio ativo!”, in **Revista do Advogado**, AASP. Ano XXIX, n. 105. Setembro de 2009

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 1ª edição. Buenos Aires: Depalma. 1981.

CUENCA, Humberto. **Proceso civil romano**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América. 1957.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro”, in CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores), **Negócios Processuais**. 1ª edição. Salvador: Juspodium. 2015.

DABIN, Jean. **Le droit subjective**. 1ª edição. Paris: Dalloz. 1952.

DANOVI, Alessandro. “Il concordato preventivo dopo le modifiche del ‘Decreto Sviluppo’”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma. Quaderni** nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.9-16.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A extensão da competência do juízo da recuperação judicial**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2013.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6º edição. Vol.I. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6º edição. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol.I. 6º edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Intervenção de terceiros**. 5º edição. São Paulo: Malheiros.2009.

_____. **Execução Civil. Execução civil**. 7º edição. São Paulo: Malheiros. 2000.

DINIZ, Almachio. **Da fallencia** – Theoria dos factos e prática dos princípios à luz da Lei 5.746, de 9 de dezembro de 1929, e da última jurisprudência dos juízes e tribunais da República. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1930.

DOBSON, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)**. 2ª edição. Buenos Aires: Depalma. 1991.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**. Madri: Aguilar. 1966.

ELIAS, Luis Vasco e NOGUEIRA, Ana Beatriz Martucci. “O deferimento do processamento da recuperação judicial”, *in* YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. **Manual de Direito da Insolvência**. 6ª edição. Coimbra: Almedina. 2014.

FARENGA, Luigi. “La riforma del Diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. Ano 46. N.145. Jan.-Mar. 2007. Pp. 9-16.

FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. 1ª edição. São Paulo: Atlas. 2014.

FAZZALARI, Ellio. **La giurisdizione volontaria**. Padova: CEDAM. 1962.

FELSBERG, Thomas e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A recuperação judicial de sociedades sediadas no exterior: as lições da experiência estrangeira e os desenvolvimentos no Brasil”, *in* CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

FERNANDES, L. Carvalho. “O Código dos processos especiais de recuperação de empresa e de falências: balanço e perspectivas”, *in* **Revista de Direito e de Estudos Sociais, RDES**. Nº1. Janeiro - setembro. Lisboa: Lex Edições Jurídicas. 1997.

FERRARA, Francesco. **Il fallimento**. Milão: Giuffrè. 1966.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. V. 14. São Paulo: Saraiva. 1965.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. “Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade”, *in* Arruda Alvim (coord.), **Execução civil e temas**

afins do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

FISS, Owen. **Um novo processo civil.** Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. Tradução do livro em inglês: **The Law as It Could Be. New York University Press, 2003.**

FLESSNER, Axel. “La conservación delle imprese attraverso il Diritto Fallimentare. Uno sguardo di Diritto comparato”. **Il Diritto Fallimentare e dele società commerciali.** (2009). Pp. 1-21. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=A_XEL+FLESSNER>. Última consulta em 16/11/2017.

FONSECA, João Francisco N. “Comentários aos artigos 485 a 508 do CPC”, *In* GOUVEIA, José Roberto F., BONDIOLI, Luiz Guilherme e FONSECA, João Francisco N. (coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017.

FRADA, Manuel A. Carneiro. “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *in* **Revista da Ordem dos Advogados.** Ano 66, II, Lisboa. Setembro de 2006. Pp.1-19.

FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembléias de S.A.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2014.

_____. “Da assembleia de credores”. *In* **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05 – artigo por artigo.** SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

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

FRONTINI, Paulo Salvador. “Do estado de falido: sua configuração: inovações da nova lei de recuperação e falência”, *in* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 138.** Abril-junho. 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC” in **Revista de Informação legislativa**. Brasília. Ano 46. N. 160. Abril-junho. 2011. Pp.163-177.

GALANTER, Marc. “La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux”, in **Acces a la justice et Etat-providence**. 1ª edição. Paris: Economica. 1984. Pp.157-158.

GALGANO, Francesco. **La forza del numero e la legge della ragione**: storia del principio di maggioranza. Bologna: Mulino. 2007.

GIANELLI, Gianvito. “Le soluzioni giudiziarie delle crisi di impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano”, in **Il diritto fallimentare e delle società commerciali**. Vol. LXXXIV. Padova. CEDAM. 2009.

GERARIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

GODFROID, Yves. “La loi relative à la continuité des entreprises: réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice” in THIRION, Nicolas, coord., **“Reorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualiés et pratique”**. V. 120. Liège: Athemis. 2010.

GOLDSCHIMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Obra traduzida para o espanhol por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor. 1936.

GONTÍJO, Vinícios J.M. “Falências e Recuperação de empresas: acordo de credores na assembleia geral”, in **Revista de Direito Mercantil 159/160**. 2011. Pp.167-172.

GRAZIABILE, Dario J. “Jurisdición concursal, juez, competência y fuero de atracción” in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal**: Homenage al Professor Dr. Ariel Á. Dasso. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005. Pp.295-331.

GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, in **Revista de Processo**, n.164. Outubro. 2008.

_____. **O processo de execução**. V.II. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

_____. **Jurisdição voluntária moderna**. 1ª edição. São Paulo: Dialética. 2003.

_____. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”, *in* **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª edição. Outubro/dezembro. 2007. Pp.7-28.

GRÉGOIRE, Michèle. “Le point de vue des créanciers face à la réorganisation de l’entreprise de leur débiteur” *in* THIRION, Nicolas, coordenador, **Reorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualisés et pratique**. V. 120. Liège: Athemis. 2010.

GRIMAL, Pierre. **O Império Romano**. 1ª edição portuguesa. Lisboa: Edições 70. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC”, *in* **O novo Código de Processo Civil**. Questões controvertidas. São Paulo: Atlas. 2015.

GUGLIELMUCCI, Lino. “Le procedure concursali nell’ordinamento italiano ed il progetto di riforma”, *in* **Anales de Derecho**. Universidad de Murcia. N.18. 2000. Pp.207-222.

_____. “La legge tedesca sull’insolvenza (insolvenzordnung): del 5 ottobre 1994” *in* **Quaderni di Giurisprudenza Commerciale**. Milão: Giuffrè. 2000.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. Sao Paulo: Saraiva. 1947.

HESPANHA, Benedito. “O Direito Processual e a Constituição. A relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo”, *in* **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 48. Julho-setembro de 2004.

HÜBLER, Samuel. “Recuperação judicial credor cedente proibido de votar e extensão dos efeitos da proibição ao cessionário”, *in* **RDB** 65. 2014. Pp.233-260.

JACQUEMONT, André. **Droit des entreprises en difficulté**. 5ª edição. Paris: LITEC. 2007.

JAEGER, Pier Giusto. **L'interesse sociale**. Milão: Giuffrè. 1972.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso do direito**. 1ª edição. Salvador: Juspodium. 2006.

JOSSERAND, Louis. **L'esprit des droits et de leur relativité** – Theorie dite de l'abus des droits. 2ª edição. Paris: Dalloz. 1939.

KEBREDLE, Richard; PASIANOTTO, Ricardo M. “Os desafios do ‘Financiamento DIP’ em caso de reestruturações brasileiros”, *in* **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. N. 1. Julho- setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017.

KENNEDY, Frank R. “Foreword: a brief history of the Bankruptcy Reform Act”, *in* **North Carolina Law Review** **58**, n.4, Abril/1980, p.667. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol58/iss4/2>>. Último acesso em 15.12.2017.

KORDANA, Kevin A.; POSNER, Eric A., "A Positive Theory of Chapter 11", *in* **New York University Law Review** **74** (1999). Pp.161-234. Disponível: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.137897>>. Último acesso em: 15.11.2017.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. 2ª edição Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1999.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no Direito Processual Civil**. 1ª edição. São Paulo: RT. 1995.

_____. **A responsabilidade Civil do juiz**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. “Da restrição à concessão de tutelas de urgência na Lei de Recuperações Judiciais”, *in* YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

LAZARINI, Alexandre Alves. “Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas”, *in* Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues (coordenadores), **Direito Recuperacional. Aspectos Teóricos e Práticos**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2009. Pp.124-135.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros. 2017.

_____. **Reclamação Constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Causa de Pedir e Pedido**. O Direito Superveniente. 1ª edição. São Paulo: Método. 2006.

_____. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1º edição. 2010.

_____. “Direito Processual Civil Francês”, *in* TUCCI, José Rogério Cruz e (coord), **Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo**. 1ª edição. São Paulo: Lex. 2010.

_____. “Garantismo e direito processual constitucional”, *in* **Garantismo Processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016.

_____. “Pedido e Causa de Pedir: conexão, litispendência e continência”. *In*: Gozzoli, Maria Clara; Cianci, Mirna; Calmon, Petrônio e Quatieri, Rita (coordenadores). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. “Objeto litigioso do processo e o duplo grau de jurisdição”, *in* Tucci, José Rogério Cruz e Bedaque, José Roberto dos Santos, coordenadores, **Causa de pedir e pedido no processo civil**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

LEVI, Edward Hirsch, MOORE, James Willian. “Bankruptcy and reorganization: A survey of changes”, in **The University of Chicago Law Review**, vol. 5, (1937). Disponível em: <<https://catalog.lib.uchicago.edu/vufind/Record/2696382>>. Último acesso em 01.12.2017.

LEVITIN, Adam J. “Finding Nemo: Rediscovering the Virtues of Negotiability in thr Wake of Enron”, in **Columbia Business Law Review**. 2007. Pp 83-177. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.910571>>. Último acesso em 15.11.2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Risoluzione Convenzionale del processo”, in **Rivista di Diritto Processuale Civile**. V.IX. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1932. Pp.260-293.

_____. “Diritto Costituzionale e Processo Civile”, In **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1952. Pp.327-332.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v.1.

_____. **Embargos do Executado**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1952.

LIMA, Alcides de Mendonça. Jurisdição Voluntária. Doutrina nacional. Direito Processual Civil. **Revista de Processo 17**. São Paulo: RT. Pp. 25-40.

LIMA, Osmar Brina Correia (coordenador). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

LOBO, Jorge. “O futuro da Lei de Recuperação de Empresa”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. N. 1. Julho - Setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016.

_____. “Cessão fiduciária em garantia de recebíveis performados e a performar”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nacy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05)**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. “Da assembleia geral de credores”. In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de ABRÃO, Carlos Henrique (coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 2º edição. São Paulo: Max Limonad. 2002.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada”, in Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes e Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.), **Negociação, mediação e arbitragem**. São Paulo: Editora Método. 2012.

LUCCA, Newton de. “A recuperação judicial à luz da preservação da empresa”, in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudos Luso-brasileiros**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

_____; DEZEM, Renata Mota Maciel M. “Dez anos de vigência da Lei 11.101/05. Há motivos para comemorar?”, in CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 1996.

_____. “Motivação das decisões jurídicas: identificação das decisões imotivadas”, in Puoli, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo Jose Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. **Direito Processual Constitucional**. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. “Jurisdição Voluntária, Jurisdição e lide”. Doutrina nacional. Direito Processual Civil. **Revista de Processo 37**. São Paulo: RT. Pp. 69-84.

MACÍAS, Isabel Candelario. **II Diritto Concorsale in Europa**. 1ª edição. Padova: CEDAM. 2001.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. “Reflexões sobre a limitação do pressuposto subjetivo da Lei de Recuperação e Falências brasileira”, in LUCCA, Newton de e VASCONCELOS, Miguel Pestana (coordenadores), **Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudos Luso-brasileiros**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015. p.96.

MALOY, Richard. “A primer on cramdown – How and why it works”, in **St. Thomas Law Review** 16/1-57. 2003-2004. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stlr16&id=&page=>>. Último acesso em 01.12.2017.

MANNA, Andrea. **Crisi d'impresa: ristrutturazioni e concordato preventivo**: Atti del Convegno - Cosenza 23 gennaio 2014 - a cura di Enrico Caterini (Italian Edition) (Locais do Kindle 57 a 82). Edizioni Scientifiche Calabresi. Edição do Kindle.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas. 10ª edição. 2004.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Concurso de credores e pactum ut minus solvatur**. Roma: Del Grifo. 2002.

MARIANO, Alvaro Augusto Camargo. **Abuso de voto na recuperação judicial**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Aspectos processuais da decretação de ineficácia e da ação revocatória falimentar”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, in **Revista Jurídica** 317. Março/2004. Pp.14-33.

MARONE, Gilberto Tibério e FRANCO JUNIOR, Hilário. **História Geral I**. São Paulo: Marco Editorial. 1982.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1959.

MARTIN, Nathalie. “The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplanted”, in **Boston College International & Comparative Law Review**. V.28. 2005. Pp.1-77. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=iclr>> Último acesso em 15.11.2017.

MARTINO, Roberto. “La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prosegue il dibattito”, in **Giustizia Civile** – Rivista Mensile di Giurisprudenza. N.3. Milão: Giuffrè. Março de 2000. Pp. 155-171.

MARTINS, Alexandre de Soveral. O P.E.R. (processo especial de revitalização), in **AB Instantia, Revista do Instituto do Conhecimento AB**. Ano I. N.1. Abril de 2013.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3ª edição (histórica). Rio de Janeiro: Forense. 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. “Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé”, in DELGADO, Mário; ALVES, Jones F., coordenadores, **Novo Código Civil** – Questões controvertidas. V.6. São Paulo: Método. 2007. Pp.37-59.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso do direito e a constitucionalização do Direito Privado**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. “A nova Lei de Falências e suas implicações nos créditos dos trabalhadores”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

MC CONNELL, John J., SERVAES, Henri. “The economics of prepackaged Bankruptcy”, in **Journal of Applied Corporate Finance**, v.4, n.2 (1991). Disponível em: <<http://faculty.london.edu/hservaes/jacf1991.pdf>>. Último acesso em 16.11.2017.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. 1ª edição. 3ª reimpressão. Lisboa: Almedina. 2007.

MICHELI, Gian Antonio. “Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria”, in **Rivista di Diritto Processuale** 2, nº1. Padova: CEDAM. 1947. Pp.18-45.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. “A nova posição dos credores na Lei de Recuperação de Empresas – Lei 11.101/05”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa** 1. Julho- setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016. p. 2). Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webrevistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017

_____. “A tipicidade nos crimes de falências e recuperação de empresas”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. “O poder de investigação do Ministério Público nos crimes falenciais e recuperacionais”, in CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

MILANI, Mário Sérgio. **Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada**. São Paulo: Malheiros. 2011.

MINNITI, Gianluca. “Profili penali delle attestazioni nel concordato preventivo ai sensi dell’art. 236 L.F.”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.69-77.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**. 1º vol. 25ª edição. São Paulo: Saraiva. 1985.

MONTELEONE. Girolamo A. **Diritto Processuale Civile**. 3ª edição. Padova: CEDAM. 2002.

MORAES, José Rubens. **A evolução histórica da execução civil no direito lusitano**. 1º edição. São Paulo: EDUSP. 2009.

MOREIRA, Alberto Camiña. *In*: LIMA, Osmar Brina Correia (coordenador). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

_____. “Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público”, *in*: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (org.). **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin. 2005. Pp.245-274.

_____. “Abuso do devedor e do credor na recuperação judicial”, *in* CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

MILLER, Harvey R., WAISMAN, Shay Y. “Is Chapter 11 bankrupt?”, *in* **Boston College Law Review** 47 (2005). Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2322&context=bclr>> Último acesso em 15.11.2017.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo, *in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

_____. “Financiamento e investimento na recuperação judicial”, *in* CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

NATOLI, Ugo. “Note preliminare ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano”, *in* **Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile**. 1958. Pp. 18-37.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de empresa**. V.3.1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. “O papel do Judiciário na homologação do plano”, *in* ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de**

vigência da Lei de Recuperação e falência (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. **A eficiência do Processo Judicial na recuperação de empresa**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____. “Condições da ação”, *in* **Revista de Processo 64**, outubro-dezembro. 1991.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006.

NGUYEN, Vinh Tuan. **Das Schutzschirmverfahren nach dem ESUG. Die Vor- und Nachteile für Gläubiger: Eine kritische Analyse** (German Edition). GRIN Verlag. Edição do Kindle.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. “Necessárias alterações no sistema falimentar brasileiro”, *in* CEREZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

_____ e COLOMBO, Giuliano. “Recuperação judicial e cessão de créditos a polêmica do direito de voto”, *in* **Revista do Advogado 105**. 2009. Pp.107-114.

PAJARDI, Piero. **Manuale di Diritto Fallimentare**. 2ª edição. Milão: Giuffrè. 1976.

PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira. **Estudo sobre a sentença constitutiva**. Dissertação de concurso à cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1973.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2ª edição. p.204.

PAULUS Christoph G. “The New German Insolvency Code”, *in* **Texas International Law Journal** **33**. 1998. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tilj33&div=15&id=&pag=>>. Último acesso em 11.09.2017

PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. “Tutela executiva e prescrição”, *in* **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2014.

PEPE, Giorgio Schiano di. **Il Diritto Fallimentare riformato**. 1ª edição. Padova: CEDAM. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V.1. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

PEROCHON, Françoise. “La prevención de la crisis em derecho francés”, *in* **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación (RDCPC)**. Nº. 15. 2011. Pp. 511-521.

PERRINO, Michele. “La "crisi" delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)”, *in* **Giustizia Civile: Revista Giuridica Trimestrale**. ISSN 0017-0631. N.2. 2014. Pp.435-467. Disponível em: <<https://iris.unipa.it/handle/10447/96267#.Wg9Ff9KnGM8>>. Última consulta: 16/11/2017.

PEYRAMAURE, Philippe. “Les evolutions récentes du Droit Français des Entreprises en Difficulté”, *in* **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. N. 1. Julho-setembro. São Paulo: Thomson Reuters. 2016. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos processuais no controle de constitucionalidade**. 1ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica. 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e ALVES, Tatiana Machado. “Cooperação no novo Código de processo Civil: desafios concretos para a sua

implementação”, in **Revista Eletrônica de Direito Processual, REDP**. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015. Pp.240-267.

PISANI, Andrea Proto. Publico e privato nel processo civile”, in **Revista de Processo 207**. Maio. 2012. Pp.281-301.

PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**. Tomo 1. 4ª edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1948.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. XVI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 53. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972.

PRATA, Edson. **Jurisdição voluntária**. 1ª edição. São Paulo: Universitária. 1979.

PROENÇA, José Marcelo Martins. “Os novos horizontes do Direito Concursal – Uma crítica ao continuísmo prescrito pela Lei 11.101/05”, in Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, coordenadores, **Direito Recuperacional**. Aspectos Teóricos e Práticos. 1ª edição. V. 2. São Paulo: Quartier Latin. 2009. Pp. 179-206.

_____. “A ação judicial de exclusão do sócio nas sociedades limitadas – Legitimidade processual”, in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

_____; BONICIO, Marcelo José Magalhães. “Proposta de uma nova tutela jurisdicional diferenciada: o processo societário brasileiro”, in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

_____. “Notas sobre a revisão judicial dos atos de gestão em sociedades anônimas: os tribunais judiciais podem aprender com a CVM?”, in YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coordenadores). **Processo Societário II**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2015.

PROVENCIALI, Renzo. **Manuale di Diritto Fallimentare**. Vol. I. 3ª edição. Milão: Giuffrè. 1955.

PRÜTTING, Hans. **Código Procesal Civil Alemán (ZPO)**. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Tradução: Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo. 2006.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e preservação da empresa**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2013.

_____. “A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida”, *in* CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

_____. “**Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas**”, *in* Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), Falência, insolvência e recuperação de empresas. 1º Congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de São Paulo e de Macau, Porto FDUP. 2016.

PULGAR EZQUERRA, Juana Pulgar. “La reforma del derecho concursal español: el nuevo concurso de acreedores” *in* **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005. Pp.565-601.

_____. “La financiación de empresas en crisis”, *in*: **Universidad Computlense**. Documentos de trabajo del departamento de derecho mercantil. 2012/48, março de 2012. Disponível em <<http://eprints.ucm.es/14638/>>. Último acesso em 15.11.2017.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. 1ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002.

RANIERI, Filippo. “Norma scritta e prassi giudiziali nell’evoluzione della dottrina tedesca del rechtsmissbrauch”, *in* **RTDPC** 26, 1972. Pp.1216-1237.

RANQUET, Pierre. “Un an d’application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. L’information, l’accord amiable et la reorganisation par accord, amiable ou collectif, des créanciers” *in* THIRION, Nicolas, coord., **Reorganisation**

judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualisés et pratique”, v. 120. Liège: Athemis. 2010.

RASI, Piero. “Diritto Intermedio”, in **Enciclopedia del diritto.** Milão: Giuffrè. 1966.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 13ª edição, São Paulo: Saraiva.

REEDER, David. “Ruling limits ‘equitable mootness’ doctrine in bankruptcy”, in **Daily Journal**, Los Angeles. September, 21, 2015.

REGO, Hermenegildo de Souza. Existe Jurisdição Voluntária? Doutrina nacional. Direito Processual Civil, in **Revista de Processo 42.** São Paulo: RT. Pp. 114-121.

REMMERT, Andreas. “Introduction to German insolvency law”, in **International Company and Commercial Law Review.** Londres: Sweet & Maxwell. 2002. p.427. Disponível em: <http://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieei/documents/public_papers/german_insolvency.pdf>. Último acesso em 15.11.2017.

RENNER, Karl. **Gli istituti del Diritto Privato e la loro Funzione Sociale.** Bolonha: Mulino.1981. Tradução de C. Mittendorfer (Título original: **Die Rechtsinstitute des Privatrechts und soziale Funktion – Ein Beitrag zur Kritik bürgerlichen Rechts,** Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr “Paul Siebeck”. 1929).

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** Vols. 1 e 2. 14ª edição. São Paulo: Saraiva. 1995.

RESIGNO, Pietro. “L’abuso del diritto” in **Rivista di Diritto Civile.** Ano XI. 1965. 1ª parte. Padova: CEDAM. Pp.205-290.

RICHARD, Efraín Hugo. “Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley”. Disponível em: www.acaderc.org.ar/doctrinas/articulos. Último acesso em 16.01.2017.

RIVA, Patrizia. “Concordato preventivo e operazioni straordinarie”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma.** Quaderni nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.17-28.

ROCCA, Gianluca. “L’asseverazione ex art.161 L.F.”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.102-108.

ROCCO, Alfredo. **Fallimento: Teoria Generale ed Origine Storica**. Milano-Torino-Roma: Fratelli Bocca Editori. 1917.

_____. **Il concordato nel falimento e prima del falimento**. Torino: Fratelli Bocca. 1902.

RODRIGUES, Frederico Viana. “Reflexões sobre a viabilidade econômica da empresa no novo regime concursal brasileiro”, in **Revista de Direito Mercantil**. N. 138. 2005. Pp.102-122.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2016.

_____. “O papel reservado aos credores pelo sistema concursal francês”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa** 2. São Paulo: Thomson Reuters. 2016. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webvistas/RDRE-revista-direito-recuperacional-empresa.html>>. Último acesso em 15.11.2017.

ROSA, Márcio Fernando Elias. “Princípios constitucionais na concepção sistêmica do ordenamento jurídico”, in **Revista de Direito Constitucional e Internacional** 39. São Paulo: RT. Abril – junho de 2002. Pp.189-208.

ROTONDI, Mario. **L’abuso di diritto**. 1ª edição. Padova: CEDAM. 1979.

ROUX, M. Xavier de. “**Rapport d’information**” depositada pela *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République* à Assembleia Nacional Francesa, em 31 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i3651.pdf>>. Última consulta em 17/11/2017.

RUBINO, Franco. **Crisi d’impresa: ristrutturazioni e concordato preventivo**: Atti del Convegno - Cosenza 23 gennaio 2014 - a cura di Enrico Caterini (Italian Edition) (Locais do Kindle 108-110). Edizioni Scientifiche Calabresi. Edição do Kindle.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. “O Ministério Público e os procedimentos de jurisdição voluntária”, in **DEJURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. n. 7. Julho - Dezembro de 2006.

SACCHI, Roberto. **Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata**. Milano: Giuffrè. 1984.

SADDI, Jairo. “Considerações sobre o comitê e a assembleia de credores na nova lei falimentar”, in: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. **Droit des entreprises en difficulté**. 9ª edição. Paris: LGDJ. 2014.

SALLES, Carlos Alberto de Salles. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada” in FUX, Luiz et al. (org). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. 1ª edição. São Paulo: RT. 2006.

_____, **Execução judicial em matéria ambiental**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

SALOMÃO, Gilberto Elias. **História**. Vol. 3. São Paulo: Editora Poliedro. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. “A visão do Ministério Público na recuperação e na falência”, in ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

SANTOS, Pablo Francisco. “*Equitable mootness* no Direito Recuperacional brasileiro: considerações sob a ótica do Direito e desenvolvimento”, in **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** 77. Julho-setembro 2017. Pp.143-162.

SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2016.

SCARANTINO, Silvia. “La domanda: un caso pratico di concordato preventivo”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. Quaderni n°43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.80-102.

SCHUNCK, Simon. **Begründung von Masseverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung** (German Edition). GRIN Verlag. Edição do Kindle. 2014.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. 1ª edição. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954.

SEMO, Giorgio. **Diritto Fallimentare**. 5ª edição. Padova: CEDAM. 1967.

SHANDRO. S. “Germany comes to grips with its ‘Chapter 11’”, in **American Bankruptcy Intitute Journal 25** (2006). Disponível em: <<https://www.abi.org/abi-journal/germany-comes-to.grips-with-its-chapter-11>>. Último acesso em 11.09.2017.

SCHMDT, Karsten. “La reforma del Derecho concursal italiano e y el Derecho concursal alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)”, in **Anuario de Derecho Concursal**, n.10. ADCo. 2007-1. Pp.303-314.

_____. “Grupos de acreedores, consentimiento obligatorio, prohibición de obstrucción. Reflexiones comparativas sobre el ‘acuerdo preventivo’ y el ‘plan de insolvencia’”, in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**, 1ª ed., 2005. Pp.629-639.

SHIMURA, Sérgio Seiji. “Homologação de plano de recuperação de empresa. Conversão de créditos em ações da empresa recuperanda. Impossibilidade de alteração do plano. Conceito de pagamento” in **Revista de Processo 152**. Out. 2007. Pp.333-337.

_____. “A defesa coletiva por meio da ação revocatória”, in SALLES, Carlos Alberto de (coordenador), **As grandes transformações do processo civil brasileiro: estudos em homenagem ao Professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin. 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**. 1ª edição. São Paulo: Atlas. 2011.

_____. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo: Atlas. 2º edição. 2008.

_____. “Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia do acesso individual ao Poder Judiciário”, *in* **Garantismo Processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1ª edição. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016.

SICA, Ligia Paula Pires Pinto. **Direito Empresarial atual**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier. 2014.

_____. “A disciplina dos grupos empresariais e a Lei de Recuperação de Empresas em crise e Falências: um convite a jurisprudência”, *in* CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

SILVA, Fátima Reis. “Questões processuais relativas ao processo especial de revitalização”, *in* **Processo de insolvência e ações conexas**. E-Book. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Dezembro. 2014. Pp.65-90.

SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Viana. “Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português”, *in* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 10. N. 36. Abril-junho/2007. Pp.224-240.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, *in* **Revista dos Tribunais 798**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. I. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SIMÃO FILHO, Adalberto. “Interesses transindividuais dos credores nas assembleias gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial”, *in* Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, coordenadores, **Direito Recuperacional. Aspectos Teóricos e Práticos**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2009. Pp.32-64.

SINGERMAN, Paul Steven, BATES, Douglas A., SINGERMAN, Berger, P.A. “Substantive consolidation in bankruptcy”, *In Southeastern Bankruptcy Law Institute: Thirty-first annual Seminar on Bankruptcy Law*. Atlanta. 2005. p.15. Disponível em: <<http://www.sbli-inc.org/archive/2005/documents/395187.pdf>>. Último acesso em 29.04.2017.

SKEEL Jr, David A. **Debit’s Dominion** – A History of Bankruptcy Law in America. Princeton/Oxford: Princeton University Press. 2001.

SOLAZZI, Siro. **Il concorso dei creditori nel diritto Romano**. Nápoles: Casa Editrice Dott Eugênio Jovene. 1938.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro. “Sociedade em recuperação judicial – assembleia geral de credores”, *in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* **164/165**. 2013. Pp.212-221.

SOUWEINE, Carole. **Droit des entreprises en difficulté**. 2a. edição. Grenoble: PUG. 2007.

STÜRNER, Rolf. “Sobre as reformas recentes no direito alemão”, *in Revista de Processo*. V. 193. Março de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SZTAJN, Raquel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05** – artigo por artigo. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

_____ “Notas sobre as assembleias de credores na Lei de Recuperação de Empresa”, *in RDM* **138/53-70**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

TARANTINO, Gianluca. “**Accordi di ristrutturazione dei debiti**”. Milão: Giuffrè. Disponível em: <<http://docplayer.it/5012140-Accordi-d-ristrutturazione-dei-debiti.html>>. Último acesso em 15.11.2007.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons. 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. V.3. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

_____. “Alguns aspectos processuais da nova lei de falências”, *in* **Revista Forense**. V.385. Ano 102. p.101-112. Maio-junho. 2006. Pp.101-112.

_____. “Algumas notas sobre a ineficácia e a revogação de atos praticados antes da falência (Lei n.11.101/05, arts.129 e 130), *in* ABRÃO, Carlos Henrique, ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei (coordenadores), **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e falência** (Lei n.11.101/05). 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. “As vias de execução do Código de Processo Civil Brasileiro Reformado”, *in* **Revista IOB Direito Processual Civil**. Ano VIII- n.43. Setembro-outubro-2006.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. “A preservação da empresa mesmo na falência”, *In* Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues, coordenadores, **Direito Recuperacional. Aspectos Teóricos**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2009. Pp.517-533.

_____. “Recuperação judicial, a principal inovação da Lei de Recuperação de Empresas”, *in* Revista do Advogado AASP. N.83. Ano XXV. Setembro de 2005.

_____. “Recuperação judicial de grupo de empresas”, *in* FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coordenadores), **Temas de Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros. 2014.

_____ e POPPA, Bruno. “UPI e estabelecimento: uma visão crítica”, *in* TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de e SATIRO, Francisco (coordenadores). **Direito das Empresas em crise: problemas e soluções**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2012.

_____, Carlos Henrique (coordenadores). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **A Empresa em Crise no Direito Francês e Americano.** Dissertação de mestrado em Direito Comercial, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1987.

_____. “O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade”, *in* **RDB 60**. 2013.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas.** São Paulo: Atlas. 2011.

TREISTER, George M.; TROST, J. Ronald et al. **Fundamentals of Bankruptcy law.** 6ª edição. Philadelphia: American Law Institute. 2009.

TROMPERTZ, Markus, KLOSE, Bernd. “Germany Insolvency Statute (insO)”, *in* **World Insolvency Systems: a comparative study.** Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca. Toronto: Carswell. 2009. Pp. 281-362.

TRUFFAT, E. Daniel. “Las obligaciones negociables concordatárias em su laberinto”, *in* **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso.** 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005. Pp.685-702.

TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano.** 1º Edição- 2º tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

_____; _____. **Lições de História do Processo Civil Lusitano.** 1º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora. 2009.

TUMIETTO, Daniele. Modificazioni ed integrazioni nella domanda concordatária”, *in* **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma.** Quaderni nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012. Pp.108-117.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **A fallencia no Direito Brasileiro.** V.1. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1931.

VARELA, Antunes. “O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro”, *in* **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro.** V.1. N.1. 1982. Pp. 37-59.

VASCONCELOS, L. Miguel. **Recuperação de Empresas: o processo especial de revitalização**. 1ª edição. Coimbra: Almedina. 2017.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Direito Processual Falimentar**. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

_____. **Princípios processuais da recuperação judicial**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

_____. “A mediação na recuperação judicial compatibilidade entre as leis mn.11.101/05, 13.015/15 e 13.140/15”, *in* CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. “Recuperar ou não recuperar, eis a questão: o poder/dever do juiz objetivando a preservação da empresa – configuração e limites”, *in* CERZETTI, Sheila Christina Neder e MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coordenadoras). **Dez anos da Lei nº11.101/2005**. 1ª edição. São Paulo: Almedina. 2015.

VERDE, Giovanni. **Profili del Processo Civile**. 2ª edição. Napoles: Jovene. 1988.

VIDAL, Dominique. **Droit des procédures collectives**. 5ª edição. Paris: Gualino Éditeur. 2006.

VILLANACI, Geraldo. **Crisi d'impresa: ristrutturazioni e concordato preventivo: Atti del Convegno - Cosenza 23 gennaio 2014** - a cura di Enrico Caterini (Italian Edition) (Locais do Kindle 150-158 e 200-204). Edizioni Scientifiche Calabresi. Edição do Kindle.

VILLANI, Gian Piero. “Concordato Fallimentare”, *in* “**Il Diritto Fallimentare riformato**”. 1ª edição. Padova: CEDAM. 2008. Pp.83-97.

VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. 1ª edição. Curitiba: Juruá. 2006.

VÍTOLO, Daniel Roque. **Acuerdos preventivos abusivos o em fraude a la ley**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2009.

WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo, *in* CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coordenadores). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de empresas**: Lei nº 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. Hipóteses de relativização. 1ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2003.

WARREN, Elizabeth. “Bankruptcy policymaking in an imperfect World”, *in* **Michigan Law Review** **92** (1993-1994). Pp.336-387. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/35893/mod_resource...>. Último acesso em: 15.12.2017.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. “Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado de conflitos de interesse”. Disponível em <[www.tjsp.jus.br/download/conciliação /núcleo/parecer kazuo watanabe.pdf](http://www.tjsp.jus.br/download/conciliação/núcleo/parecer_kazuo_watanabe.pdf) >. Último acesso em 23.12.2016.

_____. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, *in*: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes (coord.), **Estudos em homenagem á Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ. 2005.

WENGER, Leopold. **Actio iudicati**. Tradução por Roberto Goldschmidt e José Julio Santa Pinter. Buenos Aires: EJEJA. 1970.

WIELEBINSK, Joseph J.; RUKAVINA, Davor. “An overview of the Bankruptcy Code and Bankruptcy Practice in the United States”, *in* **World Insolvency Systems**: a comparative study. Coordenador: Lobo, Otto Eduardo Fonseca. Toronto: Carswell. 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenção das partes em matéria processual: rumo à nova era?”, *in* CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coordenadores), **Negócios Processuais**. 1ª edição. Salvador: Juspodium. 2015.

_____. “Convenção das partes em matéria processual”, in **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. V.1. Julho - Setembro de 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 1ª edição. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons. 2014.

_____. **Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAMENFELD, Víctor. “Sobre responsabilidad social de las empresas”, in **Contribuciones para el estudio del Derecho Concursal: Homenaje al Professor Dr. Ariel Á. Dasso**. 1ª edição. Buenos Aires: Ad-hoc. 2005. Pp.737-750.

ZANINI, Carlos Klein. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências, Lei 11.101/05 – artigo por artigo**. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antonio Sérgio (coordenadores). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

ZINGARI, Gianpiero. “Il mandato di liquidazione dei beni e i vincoli rispetto alla proposta concordatária”, in **Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma**. *Quaderni* nº43. Milão: SAF Luigi Martino. 2012.

ZYWICKI, Tood. “The past, present, and future of bankruptcy law in America”, in **Michigan Law Review** 101, n.6 (2003). Pp. 2016-2036.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.