

# PRINCIPAIS LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Silvio Romero Beltrão<sup>1</sup>

Renata Oliveira Almeida Menezes<sup>2</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. O que justifica a aplicação do princípio da preservação da empresa? 3. O princípio da preservação da empresa pode contrariar as regras impostas pela própria Lei de falência e recuperação de empresas? 4. Situações atípicas em relação à preservação das empresas em recuperação. 5. Pode o juiz interferir no plano de recuperação judicial? 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO.



intenção desse artigo é investigar os limites de atuação do Juiz no processo de recuperação judicial em face da aplicação dos princípios da manutenção da fonte produtora de emprego e da preservação da empresa, considerando os aspectos econômicos e sociais envolvidos no processo.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito, Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife/UFPE, Professor do PPGD da UFPE, Mestre em Direito pela UFPE, Doutor em Direito pela UFPE, Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Supervisor da ESMape.

<sup>2</sup> Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professora da Pós-graduação da Universidade Federal de Pernambuco; Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais - Universidade Federal de Campina Grande e Universidad del Museo Social Argentino; Doutoranda em Direito Privado – Universidade Federal de Pernambuco e Universidade de Lisboa; Mestra em Direito Privado – Universidade Federal de Pernambuco; Especialista em Direito – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas; Bacharel em Direito – Universidade Estadual da Paraíba.

A partir da Lei 11.101/2005 como norma reguladora da Recuperação Judicial surge a necessidade de analisar os limites impostos ao Poder Judiciário na condução do processo, em especial quanto à interpretação do princípio da função social da empresa e a necessidade de ponderação com outros princípios regentes da relação jurídica processual.

O estudo da atuação jurisdicional no processo de recuperação judicial, nesse artigo, envolve a necessidade de investigar, previamente, o conteúdo dos princípios previstos na lei de recuperação, e ao mesmo tempo quais são os limites de atuação do magistrado.

As expectativas que podem surgir da atuação jurisdicional muitas vezes não se encontram suficientemente claras diante da dinâmica da recuperação da empresa, sendo as regras de interpretação dos princípios necessárias para a determinação da validade do comportamento aguardado.

Assim, o presente estudo tratará da atuação jurisdicional quanto à competência do juiz em aplicar os princípios para além das regras impostas pelo processo de recuperação judicial, e compreender a validade de seus atos diante do conflito com outras situações igualmente protegidas pelo direito.

## 2. O QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA?

O princípio da preservação da empresa é largamente utilizado pelos Tribunais Superiores para justificar a relativização de determinadas regras impostas pela Lei de Recuperação Judicial e Falência, sendo, pois, necessário que se compreenda o seu conteúdo, os seus limites e quando será justificável a sua atuação.

Tratando-se de princípio, a preservação da empresa, tem origem em garantias constitucionais que visam a manutenção do emprego, a redução das desigualdades sociais e o

desenvolvimento nacional<sup>3</sup>, mas de fato há um elevado grau de indeterminação e generalidade em seu conteúdo, pois, a norma jurídica ao prever a aplicação do princípio não tem condições de antecipar, enumerar e regular todas as situações hipotéticas da vida real em que o bem jurídico protegido possa a ser afetado.<sup>4</sup>

Quando então se determina que o objetivo da recuperação judicial é viabilizar a situação de crise econômica-financeira do devedor a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo a atividade econômica, não se especifica as formas de proteção, e por isso podem surgir diversas modalidades de mecanismos para a preservação da empresa, dos modos mais variáveis.

O princípio da preservação da empresa, em face de sua indeterminação, surge como um *trunfo* nas mãos do operador do direito, como uma garantia, como uma defesa contra os riscos e surpresas que possam surgir durante o processo de recuperação judicial<sup>5</sup>, diante das variáveis formas de alcance e de densidade do controle judicial.

Ou seja, a intensidade da aplicação da preservação da empresa como controle judicial é variável de acordo com o caso em concreto, diante da ausência de determinabilidade do seu alcance.

Assim, em face da indeterminação do princípio, é necessário apurar os seus limites.

O próprio legislador estabeleceu regras que restringem a preservação da empresa.

É da própria natureza dos princípios a possibilidade de sofrerem limitações, pois, do contrário, teria o legislador que prever toda a abrangência da norma, e que independente da força

---

<sup>3</sup> Tomazette, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Falências e Recuperação de Empresas, São Paulo: Atlas, 2017, p. 53.

<sup>44</sup> Novais, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 87.

<sup>5</sup> Idem, p. 71.

do princípio da preservação da empresa, ele tem que ceder a uma força maior que supere o seu conteúdo.

A preservação da empresa assumindo a natureza de princípio sofre a influência de uma reserva imanente de ponderação, que apesar de sua consagração podem ter que ceder a uma força de compreensão com peso maior.

Assim, o conteúdo do princípio da preservação da empresa tem sua origem no abrandamento da pena de falência, em face de sucessivas crises econômicas que provocaram a quebra de diversas empresas, sem qualquer perdão do Estado, quando os fatos que levaram a falência foram exteriores a sua administração.<sup>6</sup>

Atualmente, o princípio da preservação da empresa não está desvinculado da ideia de não decretação da falência, mas para além dessa circunstância, há uma conexão com o princípio da proporcionalidade, e sua máxima de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>7</sup>

Nessa medida, a doutrina tem entendido que a justificativa para a aplicação do princípio da preservação da empresa deve levar em consideração a sua viabilidade econômica.<sup>8</sup>

Assim, o elemento viabilidade deve ser objeto de ponderação para justificar a recuperação ou não da empresa, permitido

---

<sup>6</sup> “A evolução posterior nos sécs. XIX e XX foi no sentido de abrandamento da penosidade da falência, uma vez que as crises económicas de 1870, 1914 e 1929 provocaram uma multiplicidade de falências casuais que produziram um sentimento geral de benevolência para com os falidos. Surge, por isso, uma ideia de separar os destinos do homem e da empresa insolventes, ensaiando-se vias de recuperação”. Leitão, Luís Manoel Teles Menezes, *Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 38.

<sup>7</sup> “Já deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com sua três máximas parciais da adequação, da necessidade(mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito(mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.” Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 116.

<sup>8</sup>Tomazette, op. cit. p. 53.

objetivar a análise da proporcionalidade, diante da necessidade e adequação das medidas a serem tomadas.

Segundo o Fábio Ulhoa Coelho, o exame da viabilidade, deve ser feito pelo Poder Judiciário levando em consideração a importância social da empresa, a mão de obra e tecnologia empregadas, o volume do ativo e passivo, a idade da empresa e o seu porte econômico.<sup>9</sup>

A importância social da empresa é relevante para o estudo da viabilidade na medida em que é necessário demonstrar o potencial econômico para reergue-se e sua importância social. É necessário que a empresa seja importante para a economia local e que tenha condições de se reorganizar e funcionar regularmente. Como também é necessário que essa reorganização envolva a análise da mão de obra e tecnologia empregada, para que se possa compreender a correta adequação da empresa no mercado, se a mesma não está ultrapassada e necessite ser reinventada ou se foram os próprios gastos com inovação que causaram uma crise financeira. Nessa mesma linha de pensamento, é necessário definir em que modelo de crise se encontra a empresa, se econômica, financeira ou patrimonial, pois, a possibilidade de recuperação está fortemente atrelada ao seu endividamento. Outrossim, em se tratado de uma empresa muito jovem, com pouco mais de 2(dois) anos, o seu acesso a recuperação deve estar atrelado ao seu potencial econômico e importância social. Por fim, é evidente que o porte econômico da empresa pode determinar um tratamento diverso, em se tratando de uma grande ou pequena empresa, ou seja, a importância da empresa também se vincula ao seu porte, e quanto menor, menos importância terá.<sup>10</sup>

Desta maneira, o estudo da viabilidade da empresa vai ser preponderante para fins de aplicação do princípio da preservação da empresa, e somente se justifica a sua utilização após a

---

<sup>9</sup> Coelho, Fábio Ulhõa, Curso de Direito Comercial, Direito de Empresa, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

<sup>10</sup> Coelho, op. cit. p. 383.

análise fundamentada de sua proporcionalidade.

### 3. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA PODE CONTRARIAR AS REGRAS IMPOSTAS PELA PRÓPRIA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS?

Regra geral, o princípio da preservação da empresa vai sofrer limitações impostas pela própria lei que o instituiu, bem como em face de conflitos com outros valores também protegidos, tais como o do devido processo legal e o da segurança jurídica.<sup>11</sup>

É natural observarmos que a livre aplicação de um princípio pode levar à insegurança jurídica, ao subjetivismo e ao tratamento desigual em relação aos diversos processos que tratam da mesma competência.

No presente caso poderíamos ainda indagar se a atuação do juiz pode alterar o procedimento de recuperação da empresa? Pode alterar os prazos impostos pela Lei? Pode alterar o conteúdo do plano de recuperação judicial?

Os riscos da insegurança jurídica são evidentes e difíceis de serem afastados.

O princípio da preservação da empresa é por natureza limitável, pois se não fosse assim, teria o legislador que prever todas as circunstâncias, modalidades e possibilidades futuras de limitação, o que seria impossível.<sup>12</sup> Assim, pela sua abrangência de princípio, admite-se uma natureza limitável, com um conteúdo imanentemente dotado de uma reserva que permite a ponderação quanto à extensão própria do direito, que lhe permite ceder diante de outras situações e interesses juridicamente protegidos.<sup>13</sup>

Ora, tais limites ao princípio da preservação da empresa

---

<sup>11</sup> Novais, op. cit. p. 315

<sup>12</sup> Novais, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional – Em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra editora. 2012, p. 71.

<sup>13</sup> Idem.

estão implícitos, em face da norma ter sido consagrada como uma cláusula geral ou como um conceito indeterminado, remetendo ao aplicador do direito a função de interpretar a sua extensão, delimitando o seu conteúdo.

Se diante de um caso concreto se verificar que o exercício do direito e aplicação do princípio estiver conflitando com o conteúdo de outro direito ou atingirem valores sociais básicos, ou princípios fundamentais da ordem jurídica, pode o interprete concluir, *que a proteção do princípio legal não quer ir tão longe*.<sup>14</sup>

O legislador ordinário ao instituir a norma legal de Falência e Recuperação de Empresas, determinando que a finalidade da lei é a preservação da empresa, sua função social e o estímulo a atividade econômica, ao mesmo tempo impôs regras para a realização de tal objetivo.

Os limites intrínsecos representariam não uma verdadeira restrição ao exercício do direito, mas sim uma caracterização do próprio alcance do direito, através da lei que fixa os limites do direito, descrevendo o seu conceito e conteúdo.<sup>15</sup>

Ora, apesar do princípio, é a lei que está fixando o seu conteúdo e a forma da recuperação da empresa, a partir da imposição de normas que devem ser observadas.

Ou seja, irá se atingir o desejo do legislador em preservar a empresa, sua função social e o estímulo a atividade econômica através da aplicação das regras contidas na própria Lei de Recuperação de Empresas.

Essas normas restringem a aplicação do princípio, e de logo poderíamos exemplificar a limitação daquelas pessoas que estão sujeitas a sua incidência.

A lei de Falência e Recuperação de Empresas restringe em seu art. 48 os sujeitos de direito, ao preenchimento de certos

---

<sup>14</sup> Andrade, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2012, p. 276.

<sup>15</sup> Novais, op. cit. 267.

requisitos.

Mas se uma determinada empresa criada a menos de 2 (dois) anos realizou um vultoso investimento em tecnologia e possui um representativo quadro de empregados, vier a ser atingida por uma crise econômica em face de problemas macroeconômicos derivados de uma barreira de mercado imposta pelo Estados Unidos da América, não teria ele justificável interesse em manter a sua empresa até a superação dessa crise?

A lei diz que não, impondo restrições à finalidade da preservação da empresa àquelas outras empresas já consolidadas no mercado, e passível de avaliação de sua viabilidade econômica.

Assim, o princípio da preservação da empresa não pode significar uma liberdade arbitrária atribuída ao juiz, pois, a própria norma que o instituiu impôs restrições ao seu exercício, através do próprio legislador ordinário que delimitou o seu conteúdo.

Dáí então, o juiz não pode fugir dentro de sua interpretação da ideia de que o princípio da preservação da empresa está sujeito a reserva legal.

No caso as regras de recuperação judicial executam os princípios da preservação da empresa, através de imposição de uma metodologia, a qual é representada pelo processo e seu procedimento. Não se deve no caso utilizar entre o princípio e a regra do processo de recuperação de empresa a comparação por pesos e hierarquia.

Não se deve acolher a ideia de princípio como um justo superior que em caso de necessidade justificará a não aplicação da norma jurídica.

Eventualmente, a otimização do princípio estará relacionada a uma análise de concordância prática, e não a uma escala de valores, ou uma hierarquia de normas.

Deve-se ainda levar em conta que o princípio da preservação da empresa como norma impõe um fim para ao direito, e é estabelecido como um parâmetro para os interesses coletivos,



sem uma vinculação aos interesses individuais. O que se busca é a função social e o estímulo a atividade econômica da empresa.

Nesse sentido, não haveria espaço para o juiz em sua atuação para modificar a extensão das normas imperativas, cogentes, que determinam um comportamento obrigatório para os agentes.

O problema é o grau de otimização das normas imperativas.<sup>16</sup>

Com essas normas tem-se a segurança de que as balizas processuais foram previamente estabelecidas e a conduta esperada ao Poder Judiciário é previsível.<sup>17</sup>

Por sua vez, diante da inexistência de uma regulação absoluta da norma jurídica, que possa prever antecipadamente todos os fatos que envolvem a recuperação da empresa, surge a tendência de generalização através de princípios, através de bases mais flexíveis e abertas a interpretação.

Deve-se cada vez mais, em especial no procedimento de recuperação judicial o respeito para com as normas imperativas, já que as mesmas demonstram resolver de forma mais direta e estrita as condutas das partes, com baixo custo, menor risco moral e impossibilitando o oportunismo.<sup>18</sup>

A margem de atuação do Poder Judiciário então estaria limitada as normas de caráter facultativo, em que a lei prevê a atuação do Juiz especificamente, ou em face da norma ser omissa diante de um tratamento generalizado, ou por vezes com

---

<sup>16</sup> “O problema do grau de precisão ótima das normas é relevante quase em exclusivo para as normas imperativas, já que por definição as normas supletivas não sofrem por serem afastadas pelas partes” Araujo, Fernando, *Teoria Econômica do Contrato*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 549.

<sup>17</sup> “Parte-se do pressuposto de que a formulação de princípios, dada a sua maior generalidade, será menos custosa ex ante (pense-se que eles são mais resistentes à heterogeneidade e à evolução do universo a que são aplicáveis), sendo no entanto que a respectiva aplicação envolve um maior esforço interpretativo ex post, e de que o contrário tenderá a suceder com as regras, mais caras de elaborar e promulgar, mais eficientes em termos de custos de interpretação e aplicação.” Araujo, *idem*.

<sup>18</sup> Araujo, *op. cit.* p. 550.

margem de indeterminação, as quais reclamariam a intermediação do juiz para sua interpretação e integração subordinada aos princípios.<sup>19</sup>

Nesses casos em que não há respostas das normas cogentes, caberá ao juiz, quando da aplicação do princípio, com apoio em uma margem de discricionariedade delimitada por uma avaliação pautada na viabilidade da empresa e no interesse coletivo, avaliar a adequação da conduta ao princípio da preservação da empresa.

Assim, o princípio da preservação da empresa está limitado pela própria Lei de Falências e Recuperação de Empresas que impõe uma reserva legal em face da necessidade de proteção e respeito ao devido processo legal e à segurança jurídica, diante de diretrizes que apontam uma avaliação da conduta de acordo com balizas previamente determinadas.

#### 4. SITUAÇÕES ATÍPICAS EM RELAÇÃO À PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS

Com o desenvolvimento econômico-social não se esgotam na Lei de Falências e Recuperação Empresarial as possibilidades de tutela da empresa em situação de crise, surgindo aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes evidenciando a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

A finalidade da lei de promover a preservação da empresa contraposta ao princípio da segurança jurídica e da reserva legal, não impede que a interpretação da tutela jurídica da empresa analise e decida os casos omissos e as situações atípicas que possam surgir.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Araujo, op. cit. p. 551.

<sup>20</sup> TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MEDIDAS CONSTRITIVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PRECEDENTES. 1. A Primeira Turma desta Corte firmou a compreensão de que o bloqueio de ativos financeiros de sociedade empresária em recuperação judicial por meio do sistema

Diante da falta de previsão de algumas situações que envolvam a recuperação da empresa, a jurisprudência tem papel fundamental na delimitação do direito, autorizando a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de resguardar o princípio da preservação da empresa.<sup>21</sup>

---

Bacenjud não se mostra possível em respeito ao princípio da preservação da empresa. Precedentes: AgInt no REsp 1.507.995/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 07/08/2017; AgInt no REsp 1.607.090/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 16/12/2016; AgRg no AREsp 549.795/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2015. 2. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no REsp: 1586576 SE 2016/0045415-1, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 19/09/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2017)

<sup>21</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o "abuso da minoria" ou de "posições individualistas" sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear. 2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58. 3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF. 4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois "presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfez a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes" (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige "mais" de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento. 5. Assim, visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do *cram down*, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o

Contudo, como já observado acima, a aplicação do princípio da preservação da empresa não pode ter uma extensão desmensurada, de modo que possa surpreender terceiros pelas consequências que costumam resultar da sua aplicação ao caso em concreto, provocando uma insegurança jurídica, com a passagem direta do princípio à aplicação prática.

O fundamento para a aplicação do princípio da preservação da empresa ainda será a viabilidade econômica da empresa, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Assim, a aplicação do princípio da preservação da empresa nos casos atípicos deve ser a emanção do seu conteúdo que permite traçar elementos objetivos e abertos à apreciação, permitindo um corte no efeito surpresa, bem como uma meditação generalizadora, liberta de influências emotivas do caso concreto.

O reconhecimento do princípio através do seu conteúdo permite que a sociedade o reconheça e, também, possa ser objeto de impugnação, pois, se conhece os seus limites intrinsecamente contidos em seu núcleo.

É necessário destacar que o reconhecimento pela jurisprudência de situações atípicas, merecedoras de proteção em face do princípio da preservação da empresa respeita uma ordem social diante da sua frequência, das reiteradas experiências e pela gravidade que assumem perante o sistema.

Mas que o Poder Judiciário não deve negar a necessidade de uma demarcação clara dos limites do princípio da preservação da empresa, por que a proteção do interesse de uns pode se chocar com o interesse de outras pessoas, com direitos igualmente protegidos, e a defesa com base em princípios não revela

---

interesse da comunhão de credores. 6. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1337989 SP 2011/0269578-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/05/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2018).

por si só a existência de uma atitude contrária a ordem jurídica.<sup>22</sup>

O essencial é reconhecer que a partir do princípio da preservação da empresa, fundam-se deveres de proteção que vinculam a jurisprudência à análise do seu conteúdo, diante de situações não previstas pela lei, mas que tem igualmente a tutela do direito em face do interesse maior de manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos

---

<sup>22</sup> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. 3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação. 5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. 6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica. 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (STJ - AREsp: 309867 ES 2013/0064947-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 26/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2018)

credores.

## 5. PODE O JUIZ INTERFERIR NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL?

Diante dos limites de atuação do Poder Judiciário na Recuperação da Empresa, o momento da Assembleia de Credores em face das deliberações sobre o Plano de Recuperação Judicial é aquele que consagra um maior campo de liberdade negocial aos credores em face das propostas realizadas pelo devedor.

Tem-se consagrado na doutrina e na jurisprudência que o Juiz estará limitado a análise da legalidade do Plano de Recuperação Judicial, *“Segundo a lição do Professor Alberto Camiña Moreira, não cabe ao juiz examinar o mérito do plano, principalmente, do ponto de vista econômico financeiro, pois, a competência para aprovar ou rejeitar o plano é exclusiva da Assembleia de Credores.”*<sup>23</sup>

As negociações contidas no Plano de Recuperação Judicial não fogem da ideia inserida na Análise Econômica do Direito com o apoio das teorias de Guido Calabresi e Douglas Melamed na construção das figuras do *“property rules”* e da *“liability rules”* que descreveram as barreiras que estabelecem os limites dos bens negociáveis.<sup>24</sup>

O Plano de Recuperação Judicial possui regras com as características de *“property rules”* em face do baixo custo de transação, diante das altas possibilidades fáticas de negociação, que em regra permitem a transferência dos recursos mais sem um grau de eficiência na solução da crise econômico-financeira.

As regras de *“property rules”* são mais simples e menos manipuláveis, permitindo uma negociação a baixo custo, pois, tendem a ser tipificadas e mais imunizadas contra as situações de insolvência, inserindo-se nesse quadro os seguintes tipos:

---

<sup>23</sup> Salomão, op. cit. p. 320.

<sup>24</sup> Araujo, op. cit. p. 262.

- A proibição de condições potestativas, em que atribuía a empresa recuperanda o poder de modificar o plano unilateralmente, a qualquer tempo.

- O prazo para o pagamento dos Credores trabalhistas não superior a 1(um) ano.

- A proibição do cancelamento de garantias, sem consentimento do credor.

- A proibição de alienação de bens concedidos como garantia real ao credor, sem a concordância do mesmo.

- A proibição de alteração da variação cambial dos créditos celebrados em moeda estrangeira, sem a concordância do credor.

No caso as situações protegidas pela “*property rules*” visam aferir uma maior proteção às negociações, sendo reconhecidas de forma antecipada.

Por sua vez, no Plano de Recuperação Judicial há um enorme campo para o exercício da autonomia da vontade, no caso com regras caracterizadas como “*liability rules*” que visam promover mais eficiência nas negociações, impedindo que situações oportunistas possam impor regras lesivas a uma das partes, e nesse caso diante da liberdade negocial a atuação do Poder Judiciário é posterior, de reparação.

A existência de barreira menos elevadas permitem as partes um maior poder de negociação, contudo, diante de um custo maior de transação, pois, cria uma relação de copropriedade forçada entre o credor e o devedor o que facilita a conciliação de interesses, desincentivando a exploração estratégica.

Diante dessas duas abordagens, como é que se dá a atuação do Poder Judiciário nos Planos de Recuperação Judicial?

A abordagem acima referida de Calabresi e Melamed explica o modo como os Tribunais atuam na interpretação dos interesses dos contratantes.<sup>25</sup>

Há uma maior segurança no julgamento em face das

---

<sup>25</sup> Araujo, op. cit. 272.

“*propety rules*”, impedindo a interferência de interesses externos, diante das regras serem reconhecidas e de fácil avaliação, afastando dos tribunais uma avaliação subjetiva, impondo ao juiz um poder de fiscalização quanto ao controle de legalidade. Enquanto que, nos casos de “*liabilty rules*” a interferência do juiz é desencorajada diante da total discricionariedade que o mesmo teria na fixação dos valores negociáveis, e nesse caso confia-se no mercado e na avaliação do credor.

Porém, em face da maior liberdade de negociação, e principalmente em razão da natureza do processo de recuperação judicial, o devedor não está imune a situações de oportunismo, por ser refém do momento de crise econômico-financeira sujeito as coações diversas em face da possibilidade de decretação de sua falência.

O devedor pode ser refém da não aprovação do plano de recuperação judicial em face do credor reconhecer que ele próprio é o único ou o último que necessita aceitar a proposta, fazendo com isso que ameaças de somente aceitar se houver uma compensação adicional.

A situação de insolvência e o acesso ao recurso da recuperação judicial, que obriga ao devedor realizar um contrato que mais parece um álbum de figurinhas, cada um com seu valor e características diferentes, pode fazer com que a dependência estrutural do negócio jurídico produza um efeito de oportunismos e assim trave o processo e crie uma situação de “*holdup*” tornando o devedor refém de certos credores.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> “Numa certa acepção, o oportunismo contratual é uma sub-espécie das ‘falhas de coordenação’, que são todas aquelas situações em que se frustra um ganho comum cuja realização dependeria de uma alteração de conduta de todos os participantes dentro de um determinado grupo – situações fragilizadas, portanto pelo requisito da unanimidade e que tendem a ocorrer em específicas estruturas de mercado e em certas formas de concorrência imperfeita, sendo normalmente atribuídas a factores ‘friccionais’ que dificultam a perfeita compatibilização de parceiros contratuais (que dificultam o matching). Essa integração na família das ‘falhas de coordenação’ assegura logo o ‘holdup’, só por si, tanto soluções institucionais com até soluções genuinamente contratuais”.



O oportunismo pode estar representado na figura do abuso de direito, em face do reconhecimento da necessidade de negociação com determinada pessoa para se obter a aprovação do plano de recuperação judicial, pondo o devedor na qualidade de refém.

Assim, uma atitude efetivamente repressiva é justificável para punir o oportunismo contratual, lesivo ao princípio da preservação da empresa, traduzindo-se numa conduta de má fé e de desprezo a solução eficiente da recuperação judicial.<sup>27</sup>

A Lei de Recuperação Judicial já impõe regras de aprovação alternativa do plano de recuperação judicial, o que pode retirar o caráter de “*holdup*” da negativa de contratar, haja vista a existência de alternativa na lei para a obtenção do objetivo de preservação da empresa. Mas quando a negativa de negociação representar uma forma de coação, como um “tudo ou nada”, um “pegar ou largar”, em uma oferta que deixa o devedor vulnerável e ameaçado do fracasso, estará presente o “*holdup*” e a necessidade de intervenção repressiva do Poder Judiciário.<sup>28</sup>

Assim, a ideia de intervenção judicial vai ser maior, diante do abuso na liberdade de negociar, produzindo um desequilíbrio econômico, em especial nessas situações reconhecidas pelo mercado.

É evidente que haverá um papel relevante do Poder Judiciário que envolve uma percepção subjetiva da justiça na avaliação do oportunismo na negociação do Plano de Recuperação Judicial.

As condições que propiciam o “*holdup*” como manifestação oportunista se manifestam em face da própria situação de crise econômica financeira da empresa, sua fuga para o processo de recuperação judicial e a demonstração de coação que coloca o devedor como refém daquele que é o único credor ou o credor majoritário de uma classe, que sem seu voto favorável impede a

---

<sup>27</sup> Araujo, op. cit. 637.

<sup>28</sup> Idem, p. 639.

aprovação do plano de recuperação.

Para o Poder Judiciário erradicar o problema do oportunismo presente nas situações de “*holdup*” se faz necessário por meio de anulação do Plano de Recuperação ou pela desconsideração do voto do devedor, com fundamento na existência de abuso de direito e violação do princípio da boa-fé e da preservação da empresa.

O “*holdup*” é assim uma situação temporária, que ocorre em face de uma das partes ter o monopólio de fato do Plano de Recuperação judicial, que lhe permite ditar as regras, sob a ameaça de falência, em face da inexistência de outras fontes alternativas.

Nessas situações, a intervenção do Poder Judiciário é necessária, pois, a atitude do credor deixa de ser válida por não respeitar as regras de equilíbrio contratual diante da liberdade de negociação.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O plano de recuperação judicial representa um negócio jurídico bilateral complexo em que a sua aprovação requer um quórum qualificado determinado pela própria lei. Assim, como negócio jurídico o seu principal elemento é a vontade livre e autônoma das partes.

A vontade irá constituir o principal elemento do negócio jurídico aprovado na Recuperação Judicial, vez que os efeitos jurídicos que serão produzidos são aqueles determinados pela intenção manifestada dos agentes. A lei vai atribuir, juridicamente, efeitos ao Plano de Recuperação em consonância com a vontade das pessoas que a manifestam em assembleia.<sup>29</sup>

A autonomia é um espaço de liberdade que é reconhecido à pessoa para desenvolver a sua vida de acordo com os seus

---

<sup>29</sup> Ascensão, José de Oliveira. Direito Civil – Teoria Geral, Acções e Fatos Jurídicos, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 22

interesses e valores.<sup>30</sup> Como o Estado não pode prever formalmente todas as situações jurídicas que envolvem as relações humanas em seu cotidiano, bem como não pode fixar, caso a caso, as múltiplas consequência jurídicas, remete para a própria pessoa, a partir da autonomia da vontade, o poder de impor as suas próprias regras, ou seja, o poder de dar-se um ordenamento.<sup>31</sup>

Assim, o plano de recuperação judicial proposto pelo devedor e negociado com os credores para sua aprovação em assembleia representa todo um ordenamento de condutas com múltiplas consequências jurídicas estabelecidas pela Lei de Recuperação de Empresa.

Esse conteúdo, como elemento da vontade das partes, deve ser livre e não deve sofrer interferência do Poder Judiciário, salvo em caso de inobservância dos preceitos legais de validade, respeito a lei e vícios sociais e do consentimento.<sup>32</sup>

Ora, a vontade livre e autônoma da Assembleia de Credores, dentro do sistema jurídico de Recuperação Judicial, produzirá os seus efeitos na forma e na medida determinada por esta mesma vontade, caracterizando o negócio jurídico. Entretanto, essa autonomia tem seus limites na própria teoria geral dos negócios jurídicos e nas regras cogentes que criam barreiras para as deliberações e restringem a soberania da assembleia.

---

<sup>30</sup> “Em termos amplos, ela equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica: engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico.”(Cordeiro, Antônio Menezes, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, 3ª. Edição, Coimbra: Almedina, 2005 p. 391)

<sup>31</sup> Ascensão, op. cit.,p. 66. Cordeiro, op. cit., p. 392.

<sup>32</sup> “Diante da atribuição legal aos credores para aferir a viabilidade econômica do plano de recuperação judicial, a Assembleia Geral dos Credores é autônoma. A consideração pelos credores sobre a viabilidade econômica da empresa e a aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial não poderão sofrer alterações pelo Juízo. Ao Judiciário não é dado intervir no mérito do plano de recuperação judicial ou alterar a deliberação dos credores. O Judiciário apenas conduz a relação jurídica processual que permitirá ao devedor negociar com os seus credores a melhor alternativa para superarem, juntos, a crise que acomete o devedor.” Sacramone, Marcelo Barbosa, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências, Saraiva: São Paulo, 2018, p. 263.

Porém dentro do conteúdo livre para deliberação, Não há razões para intervenções do Poder Judiciário, uma vez que as motivações de ordem econômica não são idênticas aquelas de ordem jurídica.

As razões que justificam a economia e o mercado não são sindicáveis nem verificáveis juridicamente, e apesar disto não deixam de ter um peso efetivo na vontade declarada na assembleia geral. O professor Fernando Araújo explica que a abordagem econômica produz efeitos na motivação e no desempenho das partes e no sucesso da relação jurídica, num jogo que envolve situações em que os interesses de uma das partes ficam expostos a diligências ou a falta de diligências da parte contrária, e que possibilitam a exploração estratégica das insuficiências de tutela jurídica.<sup>33</sup>

A visão econômica permite com maior agilidade converter a situação de crise econômica apresentada em um quadro jurídico de recuperação judicial, a beira de uma sanção falimentar, em uma resposta flexível, diante das vantagens do cumprimento do plano de recuperação judicial, conduzindo a renegociação das dívidas quando for a melhor solução.<sup>34</sup>

Essa resposta flexibilizadora está recheada de elementos de solidariedade e coesão social que se apresentam nas relações econômicas e sociais, e que minimizam a vulnerabilidade do devedor, o qual é justificável em face de uma relação prolongada de gestão, reconhecimento e respeito mútuo.

Assim, mesmo naquelas negociações mais ruinosas para os credores há elementos de ordem econômica e social que não são conhecidos do mundo jurídico, mas que habitam a produção e a circulação de riquezas, sem qualquer preocupação dogmática e com respostas distintas daquelas que o Juiz poderia encontrar.

Victor Goldgerd, citado por Fernando Araujo, explica que frequentemente o meio jurídico trata com indiferença as

---

<sup>33</sup> Araujo, op. cit. 14.

<sup>34</sup> Idem. p. 15.

soluções econômicas, moldando o problema de uma forma que obscurece os recursos essenciais da transação. Um pouco - muito pouco - a sensibilidade a alguns conceitos econômicos elementares pode dar um longo caminho para iluminar uma série de áreas problemáticas.<sup>35</sup>

As razões contidas nas deliberações da assembleia podem ser assim injustificáveis juridicamente, mas bastante toleradas economicamente, diante de seu poder flexibilizador, cabendo a própria assembleia de forma soberana a análise e conclusão quanto a viabilidade econômica da empresa.



## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2012.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2012.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol.II, Facto Jurídico em especial Negócio Jurídico*, Coimbra: Livraria Almedina, 1974.
- ARAÚJO, Fernando, *Teoria Econômica do Contrato*, Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral, Acções e Fatos Jurídicos*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de Direito Comercial, Direito de Empresa*, São Paulo: Saraiva, 2009.

---

<sup>35</sup> Idem, p. 13.

- CORDEIRO, Antônio Menezes, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, 3<sup>a</sup>. Edição, Coimbra: Almedina, 2005.
- LEITÃO, Luís Manoel Teles Menezes, Direito da Insolvência, Coimbra: Almedina, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa, Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências, Saraiva: São Paulo, 2018.
- TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, Falências e Recuperação de Empresas, São Paulo: Atlas, 2017.