

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 6

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2010

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 6 (janeiro/junho 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

A LEI Nº 11.101/2005 INTERPRETADA CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O IMPERATIVO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA

LAW 11,101/2005 INTERPRETED IN CONFORMITY WITH THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION AND THE IMPERATIVE OF ECONOMIC EFFICIENCY

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Resumo: Este artigo trata da interpretação das normas que disciplinam a falência e a recuperação do empresário, sistematizadas pela Lei nº 11.101/2005, propondo-se que seja realizada à luz de valores e princípios estabelecidos na Constituição da República. Essa atividade interpretativa é cabal para a definição do que se convencionou denominar “melhor interesse” no âmbito do processo falimentar ou de recuperação do empresário. Colabora para esse escopo a técnica da ponderação de interesses, que inclusive foi levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade de dispositivos presentes na Lei nº 11.101/2005. Por fim, o artigo pretende demonstrar que o referido método interpretativo deve ser posto em prática em atenção às consequências econômicas da solução jurídica, uma vez que o conteúdo econômico faz parte da essência das relações empresariais.

Palavras-Chave: Interpretação conforme a Constituição Federal. Lei nº 11.101/2005. Metodologia jurídica.

Abstract: This paper analyses the Brazilian Bankruptcy and Business Reorganization Legal System (Law 11,101/2005), proposing an interpretation in light of constitutional principles and values. Such interpretive exercise is essential to determine what constitutes the “best interest” within the context of bankruptcy proceedings and business reorganizations. This scope is corroborated by the interests’ weighting method, which was recognized by the Brazilian Federal Supreme Court when it declared the constitutionality of certain provisions of Law 11,101/2005. Finally, this paper intends to demonstrate that the interpretive exercise mentioned above shall be implemented taking into consideration the economic consequences of the legal solution, given that the economic content integrates the essence of business relationships.

Keywords: Interpretation in Conformity with the Brazilian Federal Constitution. Law 11,101/2005. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A busca pela coerência sistemática da Lei nº 11.101/2005. 3. A ponderação de interesses na Lei nº 11.101/2005 segundo o Supremo Tribunal Federal. 4. A interpretação à luz da Constituição e os riscos de seu desvirtuamento. 5. Convergência entre a interpretação conforme a Constituição da República e o imperativo de eficiência econômica no âmbito da atividade empresarial. 6. Conclusão.

1. Introdução.

A proposta deste ensaio situa-se no campo da interpretação das normas que disciplinam a falência e a recuperação do empresário, sistematizadas pela Lei nº 11.101/2005.

Se, no passado, Fabio Konder Comparato classificou como movimento pendular do Direito Falimentar a constatação de que ora predominavam normas voltadas para tutela de credores, ora predominavam normas protetivas do devedor, conforme as circunstâncias de edição das legislações que subsequentemente sistematizaram a

matéria¹, é chegado o momento de se visualizar, na lei em vigor, caminhos para obtenção da tutela do *melhor interesse* manifestado no âmbito de uma falência ou processo de recuperação do empresário.

Quando se trata de definir *melhor interesse*, assume-se que pode ele ser identificado no rol de interesses de credores, do devedor ou, ainda, de outros stakeholders², que não necessariamente participam do processo por força da titulação de um crédito (podem figurar, por exemplo, como acionistas minoritários de uma companhia aberta em recuperação judicial).

A definição de *melhor interesse* é fundamental para solucionar conflitos e distribuir justiça no bojo da crise empresarial. A linha aqui defendida é no sentido de definir *melhor interesse* à luz do sistema de valores estabelecido pela Constituição Federal e à vista das circunstâncias concretas que determinarão o caminho para a adequada ponderação dos interesses envolvidos.

Tratando-se de método que exige a verificação casuística da medida e legitimidade de cada interesse em conflito ou em potencial conflito, é imprescindível adequá-lo às necessidades econômicas, que são da essência da vida empresarial. Para dizer o óbvio, de nada adiantaria uma solução jurídica que viesse (em tese!) ao encontro da função social da empresa (art. 170, III, C.F.) se, ao mesmo tempo, contraria proteção a credores prevista em lei, gerando danos patrimoniais ao credor cujo direito foi desrespeitado e insegurança jurídica às relações empresariais, em desfavor dos próprios empresários.

Ilustre-se o problema: considere-se um credor a quem foram alienadas fiduciariamente determinadas máquinas que integram o ativo não circulante do devedor empresário, que ingressou com pedido

1 COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 98 e ss.

2 A expressão stakeholders é empregada neste artigo em sentido amplo, como sinônimo de agentes, entidades ou pessoas titulares de interesse juridicamente relevante em face da atividade empresarial, sendo tais interesses oponíveis e exigíveis perante o titular da empresa.

de recuperação judicial, cujo processamento foi deferido na forma da lei. Visando financiar seu capital de giro, o devedor pede ao juiz e assim obtém decisão favorável que lhe permite alienar ditas máquinas a terceiro, impondo ao proprietário fiduciário que habilite seu crédito na recuperação judicial, na classe dos credores quirografários. O argumento da decisão judicial é no sentido de preservar a empresa (art. 47, da Lei nº 11.101/2005), que perderia sua viabilidade caso não fossem monetizados aqueles ativos.

Pergunta-se: é razoável quebrar o sistema da lei (art. 49, § 3º, c/c art. 50, § 1º, ambos da Lei nº 11.101/2005) e atentar contra a propriedade privada do credor sob o argumento genérico de preservação da empresa?

A resposta a essa pergunta é aqui ofertada nos seguintes termos: a ponderação axiológica do interesse jurídico, à luz da Constituição, exige cabal complementação para que se firmem suas consequências econômicas.

Para esse efeito, é importante projetar a análise proposta neste artigo em três diferentes perspectivas: (i) a coerência sistemática da Lei nº 11.101/2005; (ii) a ponderação de interesses segundo o exame levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2-DF; e (iii) a conformação da interpretação constitucional ao imperativo de eficiência econômica.

Adiante, encontra-se o resultado desse trabalho.

2. A busca pela coerência sistemática da Lei nº 11.101/2005.

Como bem sustenta Lorenzo Stanghellini, a disciplina jurídica da insolvência empresarial (considerada em seu sentido amplo, para compreender genericamente os diversos remédios processuais a que se pode recorrer em caso de crise empresarial segundo o sistema italiano) não se encontra isolada do sistema de valores estabelecido pelo ordenamento jurídico. Leia-se adiante a lição do jurista italiano:

Os procedimentos de insolvência, longe de ser uma ilha no sistema econômico e jurídico, são, ao contrário, uma importantíssima projeção desse sistema e com ele devem harmonizar-se. Cabe, portanto, a estes procedimentos manter e afirmar o sistema de valores que regulamenta em geral (e não somente em dado momento) a atividade econômica: não é admissível que, somente porque uma ‘empresa’ é insolvente, seja mudado ou derrubado o conjunto de incentivos para os investimentos sobre o qual se baseia todo o sistema. Tarefa mais difícil será, talvez, manter a coerência desse sistema mesmo diante de um contexto completamente diferente e que está exposto a oportunismos conflitantes. De fato, de uma parte existe o risco que, por causa do fato que os credores são fracos e pouco organizados, o ativo disponível seja utilizado para objetivos que encontram tutela em relação a acionistas bem organizados, e por outro, o risco, diametralmente oposto, de que, em nome da tutela dos credores, sejam sacrificados interesses que ao contrário eram tutelados anteriormente.³

O problema maior no âmbito da crise empresarial consiste em manter a coerência do ordenamento, a partir da justa tutela de um ou outro interesse cujo titular esteja em posição adequada para buscar a dita proteção, conforme sintetiza Lorenzo Stanghellini. Falar em abstrato a esse respeito poderia conduzir à desconsideração de legítimas pretensões de certos grupos de credores e dos próprios sócios de uma sociedade empresária em recuperação judicial.

3 Tradução do seguinte texto original: “Le procedure d’insolvenza, lungi dall’essere un’isola nel sistema economico e giuridico, sono di questo un’importantissima proiezione e con questo debbono armonizzarsi. Loro compito è dunque mantenere e affermare il sistema di valori che regola *in generale* (e non solo in quel momento) l’attività economica: non è pensabile che, solo perché un’impresa è insolvente, venga cambiato e stravolto l’apparato di incentivazione degli investimenti su cui si basa l’intero sistema. Il compito più difficile è, piuttosto, mantenere la coerenza di tale sistema anche in presenza di un contesto completamente diverso e che si presta a opposti opportunismi. Da un lato, infatti, vi è il rischio che, a causa del fatto che i creditori sono deboli e poco organizzati, l’attivo su cui essi debbono soddisfarsi venga impiegato per obiettivi che trovano tutela nei confronti di azionisti ben organizzati, e dall’altro il rischio, diametralmente opposto, che in nome della tutela dei creditori si sacrificino interessi che invece erano precedentemente tutelati”; STANGHELLINI, Lorenzo. *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 89-90).

Por isso, o melhor caminho parece ser a busca circunstancial pela coerência sistemática, interpretando a norma (legal, regulamentar, estatutária e contratual) segundo os fatos que se fazem presentes no contexto da recuperação empresarial ou da falência do empresário e à luz dos princípios ofertados pela Constituição Federal, que conduzirão à adequada valoração daquelas normas.

Em outras palavras: tendo em conta as circunstâncias concretas, o intérprete deverá, quando diante de antagonismos inevitáveis, conferir aos princípios determinado peso ou importância, de modo *ponderado*.

Logo, a técnica da *ponderação de interesses* consubstancia ferramenta de inegável utilidade, tanto na obtenção do Direito, quanto na solução de litígios, por meio da aplicação direta dos princípios constitucionais, ponderados segundo as circunstâncias e os interesses que se apresentem. À vista dessa mecânica, facilita-se a superação de dogmas de subsistência injustificável e abre-se novo caminho para a conquista de resultados mais justos, igualitários e éticos nas relações humanas.

Na doutrina, há autores que se mostram sensíveis ao problema da ponderação de interesses no âmbito dos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/2005, valendo citar as palavras de Jorge Lobo, que sustenta o seguinte:

Juridicamente, ponderação – de bens, de valores, de interesses, de fins ou finalidades, de princípios – significa ‘atribuir pesos a elementos que se entrelaçam’ com o escopo de ‘solucionar conflitos normativos’, sendo certo, como ensina Daniel Sarmento, que ‘a solução de conflito terá de ser casuística’ e estará ‘condicionada pelas alternativas pragmáticas para o equacionamento do problema’. No caso da recuperação judicial, a assembleia-geral de credores e o juiz da causa deverão entrega-se à ‘ponderação de fins’ – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos – pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando, então talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o ‘sacrifício’, p. ex.: (a) do interesse da empresa

e de seus sócios ou acionistas em benefício de empregados e credores ou (b) dos direitos de empregados e credores em prol da empresa, pois, como ressaltam os franceses, os processos cursais são ‘procedimentos de sacrifício’, que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores. Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na ‘ponderação de princípios’ – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito – por meio do ‘teorema de colisão’ de Alexy, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois ‘possuem uma dimensão de peso’, verificável caso a caso.⁴

Verifica-se, assim, que os valores consagrados pelo sistema constitucional são realinhados no âmbito das relações jurídicas firmadas pelo empresário em processo de recuperação ou de falência, como resultado da ponderação dos interesses na situação de crise empresarial.

Como exemplo de funcionamento do mecanismo de rearranjo de valores na recuperação judicial, cite-se a possibilidade de cerceamento da iniciativa privada, por meio da imposição do afastamento do devedor de seus negócios empresariais (art. 64).

Como se sabe, tal afastamento não ocorre discricionariamente, mas sim quando presente uma das causas previstas em lei. Esse mecanismo assegura, de antemão, a realização do valor da livre iniciativa privada, proporcionalmente à medida da contrapartida ofertada pelo devedor. Com exceção da *renúncia* do exercício da gestão, prevista no plano de recuperação (art. 64, VI), as hipóteses de afastamento remetem à situação de desídia do devedor na condução da empresa ou no cumprimento dos deveres processuais relacionados à recuperação judicial, bem como na hipótese de ter o empresário in-

4 LOBO, Jorge. Comentário ao art. 47 da Lei nº 11.101/2005. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles e ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.

corrido (comprovadamente ou em tese) em conduta caracterizada pela lei como crime. Nesses casos, o afastamento em questão se impõe como medida de conformação ao ordenamento constitucional.

Essa conformação exige que tal penalidade seja precedida do contraditório e do devido processo legal, franqueando ao devedor e aos administradores da sociedade empresária (art. 64, parágrafo único) o exercício da ampla defesa (art. 5º, LV, C.F.), excepcionadas as hipóteses previstas no art. 64, incisos I (condenação por sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica, em que o contraditório foi previamente assegurado) e VI (afastamento voluntário, como acima observado).

Por conseguinte, a livre iniciativa econômica é, de certa forma, transitoriamente restringida, em virtude da (necessária) atuação do princípio da preservação da empresa.

O resultado dessa ponderação está longe de representar a negação à livre iniciativa econômica. Por isso se disse acima que não se trata de uma subordinação entre os princípios constitucionais em tela, mas sim de verdadeira *conformação*. Com efeito, a livre iniciativa seguirá sendo praticada por meio do gestor judicial, eleito pela assembleia-geral de credores e nomeado pelo juiz⁵, na forma do art. 65 c/c art. 35, I, “e”, da Lei nº 11.101/2005.

5 A lei não estabelece os pormenores relacionados à investidura do gestor judicial em seu cargo. No entanto, a gravidade da situação de afastamento do devedor, aliada à necessidade de exame judicial da existência de impedimento ou conflito de interesses do profissional eleito pela assembleia-geral de credores, sugerem que tal investidura seja precedida de nomeação ou homologação do nome indicado pelos credores. Atende-se dessa forma às exigências de indicação de profissional devidamente habilitado e preparado tecnicamente para liderar a gestão empresarial – segundo avaliação feita por critérios não jurídicos e, portanto, fora do domínio de atuação da autoridade judicial – bem como ao controle da legalidade da indicação, a bem da generalidade de interesses envolvidos no processo de recuperação. Caso assim não fosse, a lei não denominaria tal profissional como “gestor judicial”, mas sim como “gestor creditório” ou algo que se assemelhe a representante dos credores com função específica de gerir a empresa durante o período de afastamento, sem qualquer ingerência judicial nessa mecânica. Do

O exemplo vertente é feliz por possibilitar conclusões diferenciadas com origem em situações muito próximas. Assim, considere-se o caso da sociedade empresária em recuperação e não o empresário individual. Embora haja controvérsias na doutrina⁶, a hipótese de

contrário, quando se refere a “gestor judicial”, entende-se que a lei reconhece ao juiz poder para proferir a palavra final quanto à aprovação do nome indicado pelos credores, cabendo à autoridade judicial recusá-lo na hipótese de considerá-lo, fundamentadamente, inidôneo para o exercício da função, devolvendo aos credores a faculdade de indicação de novo nome. A doutrina pouco se ateu a essa problemática.

6 No mesmo sentido defendido neste artigo, acrescenta Jorge Lobo que: “*Ex vi* do art. 64, parágrafo único, o administrador de sociedade empresária, destituído por haver praticado qualquer das condutas discriminadas nos incisos I a V do art. 64, será substituído na forma prevista no contrato social ou nos estatutos sociais.” (LOBO, Jorge. *In*: TOLEDO, Paulo F. C. Salles e ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 168-169). Contra, Sergio Campinho sustenta que: “Entretanto, poderá surgir situação singular, na qual a substituição na forma do ato constitutivo ou da lei não se venha mostrar factível, aflorando como solução o alijamento do próprio devedor pessoa jurídica. Seria o caso de uma sociedade empresária, sob forma de sociedade limitada, formada por dois sócios, cabendo a ambos a administração e não estando permitida no contrato social a designação de administrador estranho ao corpo social. Incursos ambos os sócios-administradores em previsões legais ensejadoras da destituição, não havendo como proceder a substituição, o resultado será que a sanção recaia sobre a própria sociedade [...] Apartado o devedor, pessoa natural ou jurídica, do exercício de sua empresa, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre a escolha do gestor judicial a quem caberá assumir a administração das atividades.” (CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.153-154). Por outro lado, Fábio Ulhoa Coelho entende que a lei visa estabelecer duplo regime de administração, sendo o gestor judicial nomeado para os deveres processuais e a administração da sociedade eleita na forma de seus atos constitutivos para a gestão empresarial propriamente dita. Confira-se adiante sua sustentação: “Ao gestor compete dirigir a atividade econômica e implementar o plano de recuperação, após sua aprovação. Ele passa a ser o representante legal da sociedade devedora nos atos relativos à gestão da empresa (assinatura de cheques, contratação de serviços, compra de insumos, prática de atos societários etc.). O gestor não torna, porém, o representante da sociedade em recuperação para todos os fins. Nos atos relativos à tramitação do processo de recuperação judicial, a sociedade devedora continuará sendo representada nos termos de seus atos constitutivos. Assim, destituídos, por exemplo, todos os diretores, caberá aos sócios da limitada ou ao órgão competente da anônima (Assembleia-geral dos acionistas ou Conselho de Administração) a eleição dos substitutos. A esses competirá, por exemplo, apresentar o plano de recuperação (se ainda não havia sido apresentado), prestar informações ao administrador judicial ou ao juiz, apresentar os relatórios etc. Essa duplicidade de representação prevista na lei é desastrosa. Será, certamente, fonte de inúmeras disputas e indefinições, capazes até mesmo de paralisar a empresa

afastamento não se dirige contra a sociedade, mas sim contra seus administradores, os quais, no entanto, devem ser substituídos na forma dos atos constitutivos da pessoa jurídica.

No que se refere às companhias, o acionista controlador permanecerá titular da prerrogativa de eleger a maioria da administração (art. 116, da Lei nº 6.404/1976). Pode-se discutir aqui quem seria o titular do valor da livre iniciativa – se o controlador ou a companhia devedora – mas é certo afirmar que, tendo em vista o poder que tem o acionista controlador de dar a destinação econômica aos bens de produção, na prática tal acionista controlador concentra grande parte daquilo que se entende por livre iniciativa econômica, porquanto figura ele na posição de empreendedor e promotor da atividade executada pela companhia e realizada, formalmente, por sua administração.

Pois assim, no caso de exercício de poder pelo acionista controlador, a livre iniciativa será cerceada em grau notoriamente inferior se comparado com o caso do empresário individual, ainda que ao controlador seja imputada a prática de crime em tese, fato que, segundo uma razoável interpretação do art. 64, não chega a produzir a sanção de afastamento da administração, muito embora, a rigor, atentando-se para a coerência sistemática da lei, devesse produzi-la, sobretudo à vista da equiparação de que trata o art. 179⁷.

No entanto, não tendo a lei sido expressa na referida sanção ao acionista controlador, não há que se falar em sua substituição pelo gestor judicial, o que pressupõe a prevalência da livre iniciativa, apenas brevemente ajustada para contemplar a interferência de credores

e comprometer o esforço despendido em busca de sua recuperação.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178-179).

7 “Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.”.

(por meio do Comitê), do administrador judicial e do juiz quanto à destituição dos administradores eleitos pelo sócio controlador, observando-se que, quanto a credores e administrador judicial, sua prerrogativa limita-se a provocar, no exercício de seu poder-dever de fiscalização, o pleito de afastamento da administração, cuja apreciação é privativa do juiz (art. 64, parágrafo único).

A interferência de credores, que acima se observa, funda-se tanto no princípio da preservação da empresa quanto no princípio de tutela à propriedade privada, mais precisamente à propriedade do crédito. A atuação desses princípios justifica as limitações impostas ao controlador no gozo da livre iniciativa.

Outro exemplo positivo a ser citado, a propósito da *ponderação de interesses*, no âmbito da recuperação judicial, corresponde à exigência legal de apresentação de certidão negativa de débitos tributários pelo devedor, a fim de que o juiz esteja apto a conceder a recuperação, após a aprovação do plano em assembleia-geral de credores (art. 57 e art. 58, da Lei nº 11.101/2005). Há aqui nítida confrontação de interesses fazendários e de outros interesses decorrentes do exercício da empresa, que fundamentam sua função sócio-econômica e legitimam sua preservação (art. 47). O exercício da *ponderação* pelos tribunais brasileiros vem produzindo decisões no sentido de se conceder a recuperação independentemente da apresentação daquelas certidões⁸.

8 SALAMACHA, Eli. Débitos Fiscais e a Recuperação Judicial de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 140, p. 118-125, out-dez. 2005. Em geral, tem-se reconhecido o direito à concessão da recuperação judicial independentemente da apresentação de certidões negativas fiscais. Cite-se ainda, dentre muitos outros casos, a recuperação judicial da Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, cuja recuperação é processada pelo juízo da 3ª Vara Cível de Embu, Estado de São Paulo, que lhe concedeu a recuperação por meio de decisão proferida em 15.05.2007 (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 3ª Vara Cível de Embu. Processo nº 176.01.2005.017032-1, julgado em 15 mai. 2007). Cite-se, ainda, a opinião de Manoel Justino Bezerra Filho, que sustenta o seguinte: “As primeiras decisões relativas ao art. 57 já apontam no esperado sentido da criação de uma jurisprudência que atenua o rigor da Lei e torne viável sua aplicação. Tais decisões acabaram concedendo a recuperação, independentemente do cumprimento do art. 57, sob os mais diversos fundamentos. Entendeu-se que, já que as exe-

Pelo que se disse nestas notas, a busca pela coerência sistemática da Lei nº 11.101/2005 passa necessariamente pelo caminho da aplicação cotidiana da norma vis-à-vis os problemas e conflitos gerados no âmbito da crise empresarial. Está-se diante de verdadeiro *canteiro de obras* tendente à reconstrução de um *direito da crise empresarial*, simultaneamente mais humano e mais eficiente, que deverá procurar dosar os valores abstratamente previstos na norma à complexidade das situações vivenciadas pela sociedade humana.

E o mais apaixonante dessa reconstrução é o fato dela se manifestar na atualidade com respeito a diversos sistemas jurídicos, como observado por Lorenzo Stanghellini, nas seguintes palavras:

A matéria dos procedimentos de insolvência é, tradicionalmente, um campo aberto. Mais do que outros setores do direito, e até mais do que outros setores do direito econômico, de fato, ela é influenciada pelas mudanças contínuas da realidade social. Por destinar-se a regulamentar a crise e a insolvência de devedores-empresários e, sempre mais difusamente, de devedores-consumidores, ela é influenciada pelos seguintes fatores (vou listar apenas os mais significativos): como é organizada a produção [...] como é financiada a produção [...] como a componente de dívida é estruturada [...] como é estruturada a componente de capital de risco [...] o que e como produzem as empresas [...] em que medida são geralmente tuteladas as razões dos credores [...] qual é a taxa de poupança [...].⁹

cuções fiscais não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial (§7º do art. 6º), a própria Lei dispensa a prova de quitação do tributo. Também foi entendido que o inciso II do art. 52, ao dispensar a apresentação de certidões negativas para que o devedor em recuperação com débitos tributários em aberto. Entendeu-se também que o art. 57 não estabelece qualquer sanção para o caso de não apresentação de certidão negativa, de tal forma que não há como exigir tais certidões”. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação e Falências comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 176).

9 Tradução do trecho adiante transcrito: “La materia delle procedure d’insolvenza è, tradizionalmente, un cantiere aperto. Più di altri settori del diritto, e persino più di altri settori di diritto dell’economia, infatti, essa è influenzata dai continui mutamenti della realtà sociale. Dato che essa è destinata a regolare la crisi e l’insolvenza di debitori-imprenditori e, sempre più diffusamente, di debitori-consumatori, essa risente dei seguenti fattori (e ne elenco solo i più signifi-

Com efeito, Lorenzo Stanghellini cita, ao final de sua argumentação, a reconstrução do *direito da crise empresarial* no mundo, como consequência de relevantes mudanças econômicas, políticas e sociais ocorridas nos últimos anos do século passado e nos primeiros deste século, que levaram muitos países a reformar, total ou parcialmente, sua legislação: a Alemanha em 1994 (com uma lei que vigora a partir de 1999), a Bélgica em 1997, a Holanda em 1998, a Inglaterra em 2000 e novamente em 2002, a Espanha em 2003, a Itália em 2004, o Brasil, a França e de novo a Itália em 2005 e, embora com uma intervenção de dimensão limitada, a Itália em 2007 e a França em 2008. Segundo aquele autor, em cada país o debate foi longo e frequentemente trabalhoso, assim como quase sempre é controvertido o juízo sobre as inovações¹⁰.

Nessa importante atividade de reconstrução de um *direito da crise empresarial* brasileiro, um passo digno de nota corresponde ao julgamento ocorrido em 2009 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, lançando mão da ponderação de princípios centralizadores da ordem econômica brasileira – com destaque para a função sócio-econômica da empresa – entendeu pela constitucionalidade de variadas normas dispostas na Lei nº 11.101/2005, conforme adiante se comenta.

cativi): come la produzione è organizzata [...] come la produzione è finanziata [...] come è strutturata la componente di debito [...] come è strutturata la componente di capitale di rischio [...] cosa e come le imprese producono [...] quanto sono generalmente tutelate le ragioni dei creditori [...] qual è il tasso di risparmio [...]” (STANGHELLINI, Lorenzo. *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 337-339).

10 Segundo a sustentação originalmente articulada por Stanghellini: “È in conseguenza di grandi cambiamenti economici, politici e sociali avvenuti in tutto il mondo che negli ultimi anni del secolo scorso e nei primi anni del corrente secolo moltissimi paesi hanno riformato, totalmente o parzialmente, le loro legislazioni: la Germania nel 1994 (con una legge entrata in vigore nel 1999), il Belgio nel 1997, i Paesi Bassi nel 1998, il Regno Unito nel 2000 e nuovamente nel 2002, la Spagna nel 2003, l'Italia nel 2004, il Brasile, la Francia e ancora l'Italia nel 2005, nel 2006 e, seppure con un intervento di dimensioni limitate, nel 2007. In ogni paese il dibattito è stato lungo e spesso travagliato, così come quasi sempre controverso è il giudizio sulle innovazioni.” (STANGHELLINI, Lorenzo. *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 340).

3. A ponderação de interesses na Lei nº 11.101/2005 segundo o Supremo Tribunal Federal.

Em sessão realizada em 27.05.2009, o Supremo Tribunal Federal enfrentou diferentes arguições de inconstitucionalidade da Lei nº 11.101/2005, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2-DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, que contou com a atuação proativa da Confederação Nacional da Indústria, na posição de *amicus curiae*.

Segundo o relatório do acórdão, o autor da ação impugnou os arts. 60, parágrafo único, 83, I e IV, “c”, e 141, II, da Lei nº 11.101/2005, por entender incompatíveis com o disposto nos arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, VIII, da Constituição Federal.

Preliminarmente, foi alegada inconstitucionalidade de natureza formal, pois os referidos dispositivos teriam disciplinado matéria relativa à “despedida arbitrária ou sem justa causa”, por lei ordinária, a qual, no entender do demandante, somente poderia ser regulada por lei complementar, a teor do art. 7º, I, da Constituição.

Tal argumento foi frontalmente rejeitado pelo Supremo Tribunal, que entendeu a esse propósito que, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, não estando ela obrigada a utilizar-se de lei complementar para disciplinar a matéria, que somente é exigida, nos termos do art. 7º, I, da mesma Carta, para reger a dispensa imotivada. Segundo o voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, esse tema não constitui objeto da Lei nº 11.101/2005, cujo escopo, conforme sustentou, restringe-se a estabelecer normas para a recuperação judicial e a falência das empresas, além de proteger os direitos de seus credores. Expôs ainda o Relator o seguinte:

Mesmo que se considere que a eventual recuperação ou falência da certa empresa ou, ainda, a venda de seus ativos acarrete, como resultado indireto, a extinção de contratos de trabalho, tal efeito subsidiário nada tem a ver com a ‘despedida arbitrária ou sem justa causa’,

que decorre sempre de ato volitivo e unilateral do empregador”, dizendo ainda que “o rompimento do vínculo empregatício, naquelas hipóteses, resulta da situação excepcional pela qual passa a empresa, ou seja, por razões de força maior, cujas conseqüências jurídicas são, de há muito, reguladas por norma ordinária, a exemplo do art. 1.058 do antigo Código Civil, e do art. 393 do novo Codex, bem assim dos arts. 501 a 504 da Consolidação das Leis do Trabalho.¹¹

Quanto à inconstitucionalidade de ordem material, o Partido Democrático Trabalhista sustentou que aqueles dispositivos, ao liberarem os arrematantes das obrigações trabalhistas, tornando-os imunes aos ônus de sucessão, estariam afrontando os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego, abrigados nos arts. 1º, III e IV, 6º e 170, VIII, da Constituição.

Adicionalmente, o autor da ADI nº 3.934-2 argumentou que a qualificação, como quirografários, dos créditos derivados da legislação do trabalho que ultrapassem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos violaria a garantia do direito adquirido, a par de ser vedado tomar-se o salário mínimo como referência de qualquer natureza, conforme arts. 5º, XXXVI, e 7º, IV, da Constituição.

Coerentemente ao defendido neste artigo, o Supremo Tribunal recorreu explicitamente à ponderação de interesses, a fim de apreciar as supostas inconstitucionalidades da Lei nº 11.101/2005.

Confira-se adiante valioso trecho do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, cuja premissa é a interpretação da Lei nº 11.101/2005 segundo valores e princípios constitucionais:

Convém registrar que, a rigor, um dos principais objetivos da Lei 11.101/2005 consiste justamente em preservar o maior número possível de empregos nas adversidades enfrentadas pelas empresas, evitando ao máximo as dispensas imotivadas, de cujos efeitos os traba-

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI nº 3.934-2-DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 27 mai. 2009.

lhadores estarão protegidos, nos termos do art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de aplicabilidade imediata, segundo entende esta Corte, enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora.

Não prospera, assim, o argumento de que os dispositivos impugnados regulam “ato jurídico que gera a extinção automática do contrato de trabalho” (fl. 14), mesmo porque, como nota Jorge Luiz Souto Maior, a dispensa coletiva de empregados não figura, no art. 50 da Lei 11.101/2005, como um dos meios de recuperação judicial da empresa Conheço, pois, da ação, adiantando, todavia, que não identifique a inconstitucionalidade aventada pelo requerente quanto aos arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei 11.101/05.

Primeiro, porque a Constituição não abriga qualquer regra expressa sobre o eventual direito de cobrança de créditos trabalhistas em face daquele que adquire ativos de empresa em processo de recuperação judicial ou cuja falência tenha sido decretada. Depois, porque não vejo, no ponto, qualquer ofensa direta a valores implícita ou explicitamente protegidos pela Carta Política. No máximo, poder-se-ia flagrar, na espécie, uma colisão entre distintos princípios constitucionais. Mas, mesmo assim, não seria possível falar, no dizer de Luís Virgílio Afonso da Silva, “nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção”, visto ter o legislador ordinário, apenas, estabelecido, nas palavras de Robert Alexi, “relações de precedência condicionada”.

É que, na conhecida definição do referido jurista germânico, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes, razão pela qual a sua concretização demanda sempre um juízo de ponderação de interesses opostos, à luz de uma situação concreta.

As condições fáticas e jurídicas, no seio das quais o juízo de ponderação é levado a cabo, contudo, nem sempre são as ideais, visto que a tendência expansiva dos princípios tende a fazer com que a realização de um deles no mais das vezes, se dê em detrimento da concretização de outro.

No caso, o papel do legislador infraconstitucional resumiu-se a escolher dentre os distintos valores e princípios constitucionais, igual-

mente aplicáveis à espécie, aqueles que entendeu mais idôneos para disciplinar a recuperação judicial e a falência das empresas, de maneira a assegurar-lhes a maior expansão possível, tendo em conta o contexto fático e jurídico com o qual se defrontou.

Assim, o exame da alegada inconstitucionalidade material dos dispositivos legais que estabeleceram a inoccorrência de sucessão das dívidas trabalhistas, na hipótese da alienação judicial de empresas, passa necessariamente pelo exame da adequação da escolha feita pelo legislador ordinário no tocante aos valores e princípios constitucionais aos quais pretendeu emprestar eficácia.¹²

Na busca pelo melhor resultado da ponderação de interesses, o Relator caminha pela argumentação segundo a qual a prioridade da Lei nº 11.101/2005 é justamente viabilizar a manutenção das fontes de produção e, assim o fazendo, assegurar, tanto quanto possível, o maior número de postos de trabalho, de modo que as regras acoimadas como inconstitucionais pelo autor da ação se propõem a funcionar como protetoras do pleno emprego, ainda que aparentemente tenham caráter restritivo. Leia-se adiante outro trecho da dita argumentação, por sua relevância e conexão com o método interpretativo aplicado no presente trabalho:

Do ponto de vista teleológico, salta à vista que o referido diploma legal buscou, antes de tudo, garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades – não raras vezes derivadas das vicissitudes por que passa a economia globalizada – autorizando a alienação de seus ativos, tendo em conta, sobretudo, a função social que tais complexos patrimoniais exercem, a teor do disposto no art. 170, III, da Lei Maior. [...] O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI nº 3.934-2-DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 27 mai. 2009.

[...] Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a incorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.¹³

No que se refere ao limite de 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, fixado pelo art. 83 da Lei nº 11.101/2005, o teor da decisão do Supremo Tribunal brasileiro é particularmente interessante para efeitos deste ensaio, porquanto examina o problema tanto à luz da tábua de valores constitucional, quanto em consideração aos aspectos econômicos daquela limitação, concluindo que, sob o enfoque da satisfação dos direitos de credores trabalhistas, os indicadores disponibilizados por meio de pesquisas realizadas ao tempo de aprovação da lei davam mostra de que a maior parte desses créditos circunscrevia-se a montante inferior a 150 salários mínimos, de sorte que o dispositivo em tela atende plenamente à função sócio-econômica da preferência trabalhista. Leiam-se adiante as palavras empregadas no voto do Relator:

Também nesse tópico não vejo qualquer ofensa à Constituição no tocante ao estabelecimento de um limite máximo de 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, para além do qual os créditos decorrentes da relação de trabalho deixam de ser preferenciais.

É que – diga-se desde logo – não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocor-

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Loc. cit.*

rendo, pois, nesse aspecto, qualquer afronta ao texto constitucional. [...]

É importante destacar, ademais, que a própria legislação internacional de proteção ao trabalhador contempla a possibilidade do estabelecimento de limites legais aos créditos de natureza trabalhista, desde que preservado o mínimo essencial à sobrevivência do empregado. Esse entendimento encontra expressão no art. 7.1 da Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador), segundo o qual a “legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável”.

Embora essa Convenção não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, é possível afirmar que os limites adotados para a garantia dos créditos trabalhistas, no caso de falência ou recuperação judicial de empresas, encontram respaldo nas normas adotadas no âmbito da OIT, entidade integrante da Organização das Nações Unidas, que tem por escopo fazer com que os países que a integram adotem padrões mínimos de proteção aos trabalhadores.

Nesse aspecto, as disposições da Lei 11.101/2005 abrigam uma preocupação de caráter distributivo, estabelecendo um critério o mais possível equitativo no que concerne ao concurso de credores. Em outras palavras, ao fixar um limite máximo – bastante razoável, diga-se – para que os créditos trabalhistas tenham um tratamento preferencial, a Lei 11.101/2005 busca assegurar que essa proteção alcance o maior número de trabalhadores, ou seja, justamente aqueles que auferem os menores salários.

Procurou-se, assim, preservar, em uma situação de adversidade econômica por que passa a empresa, o caráter isonômico do princípio da *par condicio creditorum*, segundo o qual todos os credores que concorrem no processo de falência devem ser tratados com igualdade, respeitada a categoria que integram. [...]

Insta sublinhar, ainda, que o valor estabelecido na Lei não se mostra arbitrário e muito menos injusto, afigurando-se, ao revés, razoável e proporcional, visto que, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, constantes do já citado parecer da Comissão de Assuntos Eco-

nômicos do Senado Federal, 'o limite superior de 150 salários mínimos [...] afetará número reduzidíssimo de assalariados, entre os quais estão, exclusiva ou primordialmente, os ocupantes de cargos elevados da hierarquia administrativa das sociedades'.

Isso porque as indenizações trabalhistas, levando-se em conta os valores vigentes à época da edição do diploma legal, foram, em média, de 12 (doze) salários mínimos. Foi precisamente o dever estatal de proteger os direitos dos trabalhadores que determinou a fixação de regras que tornem viável a percepção dos créditos trabalhistas pelo maior número possível de credores, ao mesmo tempo em que se buscou preservar, no limite do possível, os empregos ameaçados de extinção pela eventual quebra da empresa sob recuperação ou em processo de falência [...]

Assim, forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico.

Assento, por fim, que não encontro nenhum vício na fixação do limite dos créditos trabalhistas, para o efeito de classificá-los como quirografários, em salários mínimos, pois o que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte.¹⁴

De fato, o único ponto de divergência na votação foi o problema do teto previsto no art. 83, I, da Lei nº 11.101/2005. Para o ministro Carlos Ayres Britto, uma interpretação sistêmica da Constituição Federal não permitiria uma limitação na preferência para pagamento de créditos trabalhistas, que deve ser integralmente preferencial. Já o ministro Marco Aurélio afirmou que a regra representa uma vinculação do salário mínimo, ou seja, uma indexação, vedada pelo inciso IV do artigo 7º da Constituição. Pelos argumentos expostos no voto do Ministro Ricardo Lewandowski e por aqueles articulados neste artigo,

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Loc. cit.*

bem se vê que tais ponderações não são suficientes para inquirar as comentadas normas legais, como aliás entendeu a maioria do Pleno do Supremo Tribunal.

Sem dúvida, o comentado julgamento da ADI nº 3.934-2 representou importante vitória para as classes empresarial e jurídica brasileiras, reafirmando, dessa forma, a coerência e adequação da Lei nº 11.101/2005 aos valores constitucionais, após o estabelecimento de amplo contraditório, com participação efetiva de entidades de classe com atuação no âmbito nacional (Sindicato Nacional dos Aeroviários e Confederação Nacional da Indústria – CNI, admitidos ambos como *amicus curiae*), bem como por meio do emprego consistente da técnica da ponderação de interesses, como acima reproduzido.

4. A interpretação à luz da Constituição e os riscos de seu desvirtuamento.

A importância de se comentar as bases da adequada interpretação à luz da Constituição advém principalmente da possibilidade de mal-uso do método, produzindo a deturpação de determinados conceitos (como o da função social da empresa), como já se verificou em alguns casos de recuperação judicial.

Convém citar a recuperação judicial da Guimarães Agrícola Ltda. e sociedades a ela coligadas, com sede na cidade de Lucas do Rio Verde, Estado do Mato Grosso voltada para a produção e venda de soja e algodão.

Determinado credor adquiriu, no ambiente de negociação da CETIP S/A – Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (“CETIP”), Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio (“CDCA”). Os CDCAs foram lastreados por Cédulas de Produto Rural (“CPRs”), de livre negociação, representativas de produto rural empenhado em favor do credor (soja em grãos), constituindo-se em promessa de pagamento em espécie nas quantidades pactuadas diretamente nas referidas cédulas.

Com a colheita dos grãos a que se referiam as CPRs (que, em regra, deve ocorrer antes do vencimento da CDCA), o CDCA teve suas garantias complementadas por Certificados de Depósito do Agronegócio (“CDA”) e *Warrants* do Agronegócio (“WA”), emitidos pelo armazém geral a quem coube não apenas o depósito dos produtos, como também o chamado “monitoramento” de sua venda, por meio de contrato assinado com o devedor e com instituição financeira. A mecânica da operação previa, assim, uma “conta vinculada” perante a qual foram depositados os valores resultantes da venda da soja depositada no armazém geral.

Em 03.07.2009, a Guimarães Agrícola Ltda. apresentou pedido de liberação das garantias reais consubstanciadas no penhor agrícola sobre a soja colhida na safra 2008/2009 e sobre o produto de sua venda, que se encontrava depositado em conta bancária vinculada à satisfação do título do credor, conforme as bases da operação financeira que havia sido estruturada. Tal pleito foi acolhido pelo Juízo da recuperação, por meio da decisão liminar proferida nos seguintes termos:

[...] No caso dos autos, a substituição e liberação das garantias ofertadas pelas recuperandas mostra-se necessária, para que se atinjam os fins da recuperação judicial, do mesmo modo que atende ao espírito que norteou o legislador ao editar a nova Lei de Falências.

Isso porque, a manutenção das garantias certamente colocará em risco a continuidade do exercício de sua atividade empresarial. Em outras palavras, a manutenção de mecanismos contratuais que permitam a retenção das garantias coloca em sério risco o sucesso da recuperação e, em última análise, da própria empresa, de tal sorte que o levantamento de tais travas mostra-se, por ora, imprescindível.

Como sabido, emerge do ordenamento jurídico o princípio da preservação da empresa, decorrente de sua função social, consagrada, implicitamente, na Constituição Federal. Aliás, o parágrafo 5º do artigo 49 da LRF permite a substituição ou renovação de garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial, aplicando-se, ainda que analogicamente, à hipótese vertente. Não se está, com isso, negando validade a cláusula contratual livremente pactuada entre as partes. O que se busca, repita-se, é a adequação de tais contratos ao

sistema jurídico que protege a empresa, conferindo-lhes interpretação conforme os princípios acima mencionados, além dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que regem os contratos em geral (artigos 421 e 422, ambos do Código Civil). Nem se discute, por ora, a natureza da garantia estatuída em favor dos credores, se real ou meramente pessoal. O que se tem é, mais uma vez, a necessidade de se levantarem quaisquer mecanismos impeditivos do fluxo de capital para o caixa da empresa, garantindo-se, com isso, a consecução das finalidades da recuperação judicial e o pagamento de dívidas.

[...] Portanto, e em resumo, considerando-se que o espírito da Lei 11.101/05 é preservar a empresa em crise, evitando-se, quanto possível, a decretação da falência, é que o pedido deve ser acolhido, desde que mantidas, todavia, garantias suficientes aos credores em caso de quebra da empresa devedora. E, no caso, verifica-se que foram prestadas, em substituição, garantias idôneas que garantem o crédito dos credores.

[...] Eventual dissentimento dos credores quanto à possibilidade da substituição e liberação das garantias ofertadas pela devedora possui um só fundamento, qual seja, que nenhum ativo da empresa recuperanda seja disponibilizado, buscando, assim, impedir a venda de qualquer bem, eis que no caso de quebra da empresa, aqueles bens serviriam para futura venda e pagamento aos credores. Essa seria a natural tendência do mercado e culminaria na falência da devedora. Não houvesse um regramento legal que impedisse tal irracional solução, fatalmente isso ocorreria. Todavia, há uma lei que busca preservar empresas que passam por crise financeira. Permitir que tal cenário ocorra é enterrar de vez a tentativa legal de proteção e incentivo à atividade econômica visada pela Lei 11.101/05, em seu art. 47.

[...] DEFIRO o pedido de fls. 1827/1844, e autorizo a substituição das garantias mencionadas às fls. 1841/1843, pelo produto da safra 2009/2010, assim como pelos imóveis colacionados às fls. 2048 e seguintes, nas partes em que não há gravame. Defiro a liberação das garantias conforme pleiteada, a fim de que seja viabilizada a continuidade dos trabalhos dos devedores.¹⁵

15 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Juízo da 3ª Vara de Juízo de Lucas do Rio Verde. Processo de Recuperação Judicial nº 218/2009, julgado em 7 jul. 2009.

Cabe registrar que tal decisão afrontou texto expresso de lei, especificamente o art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, que determina a aprovação expressa pelo credor titular de garantia real, em caso de alienação do bem que lhe sirva de objeto ou da supressão da garantia ou da sua substituição.

No caso em tela, os efeitos da decisão alcançaram contornos mais graves pelo fato do credor ser titular de propriedade fiduciária das fazendas do produtor rural e de quantidade significativa de maquinário, razão pela qual sequer poderia estar sujeito aos efeitos da recuperação judicial, com exceção da retomada dos bens de capital considerados essenciais ao exercício da atividade (art. 49, § 3º).

Interposto agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, a legalidade da situação foi restabelecida, por força de decisão que reconheceu não apenas afronta ao disposto aos arts. 50, § 1º e 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, como também a prevalência de seu art. 193. Leia-se adiante a ementa do acórdão:

Recurso de agravo de instrumento – Recuperação judicial — Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA) — Liberação e substituição das garantias e valores vinculados — Impossibilidade — Garantias por alienação fiduciária — § 3º do artigo 49 da Lei 11.191/2005 — Câmaras de serviços de compensação e de liquidação financeira — CETIP S.A. — Artigos 193 e 194 da lei de regência — Substituição de garantia — Necessidade de anuência do credor — Inteligência do § 1º do artigo 50 — Recurso provido.

Por força do § 3º, art. 49, da Lei nº 11.101/05, o crédito garantido por alienação fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Os Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA) que se encontram registrados no âmbito das Câmaras de Serviços de Compensação e de Liquidação Financeira, a exemplo da CETIP S.A., não estão sujeitos aos ditames da Lei 11.101/05, conforme disposto nos arts. 193 e 194. A liberação de garantias somente poderá ocorrer em situações excepcionais, e ainda assim, posteriormente à apresentação do plano de recuperação, bem como mediante aprovação ex-

pressa do credor titular da respectiva garantia, inteligência do § 1º do art.50, da Lei 11.101/05.¹⁶

Vale ainda reproduzir os importantíssimos argumentos compreendidos pela Relatora:

Nota-se que na longa, porém, vaga e genérica decisão agravada não há qualquer descrição, relação e especificação dos bens constantes dos gravames garantidores do CDCA nº 02/2008 que foram objeto da liberação/substituição [...] fato que por si só, afronta o próprio ordenamento jurídico que rege a recuperação judicial, gerando inclusive, insegurança jurídica entre os litigantes, além de macular a própria prestação jurisdicional.

Na concepção do Juízo singular, foi necessária a substituição e a liberação das garantias ofertadas, para que se atinja o fim da recuperação judicial, nos termos do artigo 47 da Lei n. 11.101/2005, para que atenda ao “espírito que norteou o legislador ao editar a nova Lei de Falências” e porque “a manutenção de mecanismos contratuais que permitam a retenção das garantias coloca em sério risco o sucesso da recuperação e, em última análise, da própria empresa, de tal sorte que o levantamento de tais travas mostra-se, por ora, imprescindível” (sic, fls. 84-TJ).

De longe se constata sem qualquer embargo que a decisão singular não observou os dispositivos legais que regem a matéria, principalmente os que prevêm a exclusão do rol de credores da recuperação judicial, os bens que estejam garantidos por alienação fiduciária e os registrados e negociados perante a CETIP S/A.

Portanto, não pairam dúvidas acerca da aplicabilidade plena do dispositivo acima citado se o negócio jurídico encontra-se garantido por alienação fiduciária. Logo, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial, devendo prevalecer as regras estipuladas na avença. No tocante aos créditos das CDCAs, como já dito alhures, estes foram adquiridos pela agravante no Mercado de Balcão junto à

16 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 74.498/2009. Relatora Desembargadora Marilsen Andrade Addario, julgado em 19 out. 2009.

CETIP S/A [...] pelo que, igualmente não estão sujeitos à recuperação judicial.

Se não bastasse tudo isso, outro ponto importante que não pode ser esquecido é de que a renovação ou substituição das garantias somente poderá ser admitida em casos excepcionais e mediante aprovação expressa do credor titular da garantia, conforme estabelece o art.50, § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

De outro lado, ainda que se faça necessária a captação de recursos de forma a favorecer a recuperação judicial, conforme salientado pelo i. Magistrado *a quo*, tal providência não pode prejudicar ainda mais os credores, colocando seus créditos em risco (inclusive de terceiros), já que o *decisum* determinou, dentre outras autorizações, a substituição de garantia em dinheiro (crédito em conta corrente) ou safra já colhida por safra a ser plantada e que já foi dada em garantia no CDCA nº 01/2009 ou ainda por imóveis avaliados pela própria parte agravada (fls. 435/437-TJ – Vol. III).

Por fim, é importante lembrar que não foi intenção do legislador burocratizar a recuperação empresarial, mas garantir que ela seja transparente, lícita e economicamente eficaz, de um lado valorando os direitos sociais individuais, mas de outro sem extrapolar a esfera dos interesses econômicos envolvidos, mormente do mercado financeiro que gira ao redor das recuperandas. Por tais razões é que função social atribuída à recuperação judicial tem seus limites.¹⁷

A decisão do Tribunal restaurou a legalidade constitucional no caso em tela, uma vez que reconheceu a prevalência do direito de propriedade do crédito objeto da garantia. Na sequência dessa decisão, credor e devedor celebraram transação, aparando suas arestas no exercício da autonomia privada.

Logo, infere-se que a interpretação constitucional deve ser realizada com o propósito imprimir coerência ao sistema previsto na Lei nº 11.101/2005, não se admitindo que: (i) produza efeitos contrários a interesses devidamente tutelados pela lei e que encontram legi-

17 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 74.498/2009. Relatora Desembargadora Marilsen Andrade Addario, julgado em 19 out. 2009.

timação no próprio texto constitucional e, ainda; (ii) atente contra a essência econômica das relações empresariais, cuja eficiência deve ser considerada na construção da solução jurídica, como adiante melhor comentado.

5. Convergência entre a interpretação conforme a Constituição da República e o imperativo de eficiência econômica no âmbito da atividade empresarial.

Se por um lado é imprescindível formar o raciocínio com a antecipada valoração da norma, à luz da ética e de princípios constitucionais, por outro lado é igualmente irrenunciável zelar pela sua efetividade e compatibilidade com as circunstâncias concretas das relações patrimoniais privadas, que evidenciam conteúdo econômico.

Por essa razão, deve-se aliar o método da interpretação à luz da Constituição à consequência econômica das soluções jurídicas que dele decorrem.

Evidentemente, não se tenciona elevar o substrato econômico da relação jurídica a patamares absolutos, tal como parecem pretender os seguidores da chamada *Escola de Chicago*, ao circunscrever as relações humanas às inexoráveis soluções produzidas pelo cálculo¹⁸.

18 A chamada *Escola de Chicago* dispensa pormenorizados comentários, tendo em conta a incontestável difusão que alcançou no pensamento jurídico atual, inclusive em países de cultura jurídica romano-germânica. No entanto, para que se identifique nestas notas a referência doutrinária da análise econômica do direito, veja-se, por todos, COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago-Londres: The University of Chicago Press, 1990. No Brasil, tal ponto de vista conta com adesão de não muitos acadêmicos, valendo citar Rachel Sztajn, autora de artigos que versam sobre a interpretação de problemas jurídicos à luz da *análise econômica do direito*, valendo citar os seguintes: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, D. A economia e o direito de propriedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 126, p. 112-116, 2002; SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 133, p. 7-31, 2004; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, D. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, v. 01, p. 1-15.

Diga-se de passagem, significativa doutrina oferta resistência à *análise econômica do direito* por entender que esse método propugnaria a prevalência do conteúdo econômico em face da ética¹⁹.

Trata-se, portanto, da busca por uma posição de equilíbrio, colocando à prova a solução de problemas jurídicos, à vista de suas conseqüências econômicas. Como bem verbalizado por Ricardo Luis Lorenzetti, o método jurídico deve se ater (também) às conseqüências e aí a interpretação econômica cumpre papel relevante, porquanto, não há como negar, a economia se apresenta como poderosa ferramenta na quantificação dos custos de tal ou qual solução²⁰.

Adicionalmente, ressalte-se que a interpretação econômica dos fatos e institutos jurídicos é imperativo metodológico no âmbito do Direito Empresarial, à luz do art. 966, do Código Civil, que pontua a finalidade econômica como elemento essencial da atividade empresária.

19 A *análise econômica do direito* é objeto de crítica de acadêmicos com forte influência no pensamento norte-americano. Confira-se, nesse sentido, a extensa argumentação de Ronald Dworkin, em seu trabalho *Justice in Robes*: “We hear, wherever we turn, the injunctions and disclaimers of the post-modernists, the pre-structuralists, the deconstructionists, the critical legal students, the critical race scholars, and a thousand other battalions of the anti-theory army. Some say that theory is phony, and others that it is oppression, and many that it is both. I shall concentrate, however, not on the, let’s say, more erudite and fantastical members of the anti-theory horde, even within law schools, but on relatively mainstream critics. That is why I have taken the Chicago School, and particularly Judge Posner and Professor Sustain, as examples. The arguments that they and others of similar opinion make against the use of moral or abstract theory in legal argument can usefully, I think, be shepherded under the following three headings: metaphysical, pragmatic, and professional [...] Every contemporary democracy is a divided nation, and our own democracy is particularly divided. We are divided culturally, ethnically, politically, and morally. We nevertheless aspire to live together as equals, and it seems absolutely crucial to that ambition that we also aspire that the principles under which we are governed treat us as equals [...] We cannot pursue that indispensable ambition unless we undertake, when necessary, to ascend high enough in our collective deliberations, to test our progress in the direction. We must undertake that sovereign duty if we claim a rule of law that is not just an instrument for economic achievement and social peace, but an emblem and mirror of the equal public regard that entitles us to claim community.” (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p.73-74).

20 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 398-399.

Em uma palavra, tudo leva a crer que uma solução teórica e antieconômica seria inoperante no âmbito empresarial e contrária à estrutura jurídica da empresa e à própria Constituição, porquanto ofenderia o sistema capitalista baseado na livre iniciativa privada (art. 1º, IV e art. 170, *caput* e inciso II).

Ilustrando-se o que é dito, seria o mesmo que defender a possibilidade de recuperação judicial que se mostre inviável economicamente, baseando aquela defesa no princípio constitucional da função social da propriedade (art. 170, III, C.F.). Essa incongruência demonstra claramente a indispensabilidade de se compatibilizar a interpretação constitucional com a leitura econômica dos fatos jurídicos.

Tais reflexões são contextualizadas nos planos legal e constitucional brasileiros, para que sejam valoradas e absorvidas adequadamente pelo sistema normativo em vigor, dentro de um critério de coerência e em harmonia com a cultura jurídica brasileira.

A influência da economia no pensamento jurídico não deve se sobrepor ao próprio *Direito* objeto de análise e aos métodos empregados pela Ciência do Direito para fundamentar e articular dita análise. Nesse sentido, não são apresentadas neste artigo fórmulas e equações matemáticas destinadas a explicar determinadas relações jurídicas firmadas entre companhia e seus credores. A Ciência do Direito é aqui examinada como ciência essencialmente humanista e, por isso mesmo, sujeita a inflexões próprias do comportamento humano, de modo que não seria possível delimitar o discurso jurídico pelo cálculo matemático, ainda que tendente a fixar os *custos* de uma relação jurídica em face de outra.

A esse respeito, é válido transcrever as palavras ensaiadas por Calixto Salomão Filho:

É, portanto, necessário restringir a análise econômica do direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então, sim, a teoria tem verdadeira utilidade, inclusive no campo societário, como se verá [...] Isso é um ponto muito impor-

tante que distingue a análise econômica aqui empreendida de uma pura e simples aplicação da teoria da eficiência. Entre os custos de transação incluem-se não apenas aqueles mensuráveis economicamente, mas também aqueles relacionados à satisfação dos que com a empresa se relacionam.²¹

Em suma, considerando-se a supremacia da força normativa da Constituição, admite-se, para fins metodológicos, a primazia da interpretação constitucional das normas que disciplinam a atividade econômica privada, bem como a procedibilidade do argumento que defende a aplicação direta das normas constitucionais às relações patrimoniais privadas²². Essa orientação é complementada pelo “crivo da adequada exequibilidade”, isto é, pelo esforço investigativo que tende a afastar a solução jurídica que se mostre antieconômica e, portanto, não contribua para o fortalecimento da atividade empresarial brasileira.

No fim, trata-se de um exercício que retorna às balizas estabelecidas pela tábua axiológica da Constituição, uma vez que opera na concretização do princípio da livre iniciativa, como antes ressaltado.

6. Conclusão.

De todo o exposto, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

(i) o problema maior no âmbito da crise empresarial consiste em manter a coerência do ordenamento, a partir da justa tutela de um ou outro interesse cujo titular esteja em posição adequada para buscar a dita proteção;

21 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 39-41.

22 Vide, por todos, TEPEDINO, Gustavo J. M. A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento Brasileiro: sua Eficácia nas Relações Jurídicas Privadas. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 100, p. 153-167, dez. 2005.

(ii) a busca pela coerência sistemática passa, pois, pela definição do *melhor interesse*, devendo ser realizada à luz do sistema de valores estabelecido pela Constituição Federal e à vista das circunstâncias concretas que determinarão o caminho para a adequada ponderação dos interesses envolvidos;

(iii) tratando-se de método que exige a verificação casuística da medida e legitimidade de cada interesse em conflito ou em potencial conflito, é imprescindível adequá-lo às necessidades econômicas, que são da essência da vida empresarial;

(iv) adicionalmente, frise-se que a interpretação econômica dos fatos e institutos jurídicos é imperativo metodológico no âmbito do Direito Empresarial, à luz do art. 966, do Código Civil, que pontua a finalidade econômica como elemento essencial da atividade empresarial;

(v) logo, a ponderação axiológica do interesse jurídico, à luz da Constituição, exige cabal complementação para que se firmem suas consequências econômicas;

(vi) essa complementação deve ser operada de modo criterioso, de sorte que a influência da economia no pensamento jurídico não se sobreponha ao próprio *Direito* objeto de análise e aos métodos empregados pela Ciência do Direito para fundamentar e articular dita análise.