



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCUS BOREL SILVA MOREIRA

**TRATAMENTO JURÍDICO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE
FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Salvador
2018

MARCUS BOREL SILVA MOREIRA

**TRATAMENTO JURÍDICO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE
FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho.

Salvador
2018

FICHA CATALOGRÁFICA

M838

Moreira, Marcus Borel Silva,

Tratamento jurídico de créditos oriundos de fundos constitucionais de financiamento na recuperação judicial de empresas / por Marcus Borel Silva Moreira. – 2018.

125 f.

1. Sociedades comerciais-Recuperação. 2. Fundos de financiamento.

I. Universidade Federal da Bahia. II. Título

MARCUS BOREL SILVA MOREIRA

**TRATAMENTO JURÍDICO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE
FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Dissertação defendida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

João Glicério de Oliveira Filho – Orientador _____
Doutor em Direito Público, Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Marco Aurélio Castro Junior _____
Doutor em Direito Público, Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Francisco Satiro de Souza Júnior _____
Doutor em Direito, Universidade de São Paulo
Universidade de São Paulo

Defendida em 26 de julho de 2018

AGRADECIMENTOS

A dedicação a esta pesquisa científica não foi individual. As muitas dificuldades encontradas não seriam transpassadas sem a incessante colaboração de quem, com a Graça de Deus, esteve presente neste caminho.

À minha amiga Loan Kizzi Araújo Reina, pelo incentivo, insistência e ajuda, sem os quais os primeiros passos não seriam dados. Aos colegas do mestrado, pelos ricos debates e incessante parceria.

Aos queridos Professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pela dedicação dada ao Programa e a destacada atenção aos discentes.

Ao meu amigo e orientador Dr. João Glicério de Oliveira Filho, exemplo de mestre e cuja disponibilidade e parceria se mostraram fundamentais para o êxito da pesquisa.

Ao Banco do Nordeste do Brasil S/A, entidade a qual integro como advogado, pelo incentivo e apoio.

Aos meus pais, por sempre acreditarem na vitória e pela calorosa torcida.

Às minhas amadas Milena e Maria, esposa dedicada e filha compreensiva, pelos meses de renúncia e ajuda, pelas noites perdidas e ausências em finais de semana. Sem o apoio de vocês não teria conseguido.

Muito obrigado por, em alguma medida, terem colaborado para a realização de um sonho.

RESUMO

O presente trabalho científico discute a aplicação de regras de administração e renegociação de créditos oriundos de Fundos Constitucionais de Financiamento nos planos de recuperação judicial. Nesta monografia, cujo método dedutivo houve pautado pela revisão bibliográfica, incluindo pesquisa legislativa nacional e estrangeira, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado e jurisprudências de tribunais brasileiros, discutiu-se os limites de autonomia privada da Assembleia Geral de Credores para formação do plano de recuperação judicial à luz de normas cogentes dispostas em legislação ordinária e complementar, além de atos normativos imperativos estabelecidos por autoridades administrativas competentes para regulamentação de recursos de Fundos Constitucionais de Financiamentos. Ao final, concluiu-se pela regular sujeição dos créditos compostos de recursos do FNE, FNO e FCO aos planos de recuperação judicial, os quais poderão ser novados a partir da homologação judicial do ajuste aprovado pela Assembleia Geral de Credores, observados, contudo, os limites legais estabelecidos nas respectivas normas reguladoras dos fundos.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Fundos constitucionais de financiamento. Plano de recuperação judicial. Limites do plano de recuperação judicial.

ABSTRACT

The present scientific paper discusses the application of rules of administration and renegotiation of credits from Constitutional Funds of Financing in the judicial recovery plans. In this monograph, whose deductive method was guided by the bibliographic review, including national and foreign legislative research, scientific articles, master's dissertations, doctoral theses and jurisprudence of Brazilian courts, the limits of private autonomy of the General Meeting of Creditors for training were discussed of the judicial reorganization plan in light of cogent norms established in ordinary and complementary legislation, in addition to imperative normative acts established by administrative authorities competent to regulate resources of Constitutional Funds of Financings. At the end, it was concluded that FNE, FNO and FCO funds should be subject to judicial reorganization plans, which may be renewed after judicial approval of the adjustment approved by the General Meeting of Creditors, with observance, however, the legal limits established in the respective rules governing the funds.

Keywords: Judicial recovery. Constitutional financing funds. Judicial recovery plan. Limits of the judicial recovery plan.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	antes de Cristo
ACC	Adiantamento de Contrato de Câmbio
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AGC	Assembleia Geral de Credores
Artigo	art.
BACEN	Banco Central do Brasil
BANDES	Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo
BASA	Banco da Amazônia
BB	Banco do Brasil
BNB	Banco do Nordeste do Brasil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Conflito de Competência
CC/2002	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CJF	Conselho da Justiça Federal
CMN	Conselho Monetário Nacional
CONDEL	Conselho Deliberativo das Superintendências de Desenvolvimento Regionais
CPC	Código de Processo Civil
DIP	<i>Debtor-in-possession</i>
DVD	<i>Digital Versatile Disc</i>
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
FCFs	Fundos Constitucionais de Financiamento
FCO	Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Centro- Oeste
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FINAM	Fundo de Investimento da Amazônia

FINOR	Fundo de Investimentos do Nordeste
FNE	Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Nordeste
FNO	Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Norte
FUNRES	Fundo de Recuperação Econômica do Estado do Espírito Santo
GERES	Grupo Executivo para Recuperação Econômica do Espírito Santo
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IR	Imposto de Renda
LRF	Lei de Recuperações e Falências
MI	Ministério da Integração Nacional
MPEs	Micro e Pequenas Empresas
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
PLC	Projeto de Lei Complementar
PNDR	Política Nacional de Desenvolvimento Regional
PR	Paraná
PRJ	Plano de Recuperação Judicial
Resp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUDAM	Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia
SUDECO	Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste
SUDENE	Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste
SUFRAMA	Superintendência da Zona Franca de Manaus
TCU	Tribunal de Contas da União
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UN	<i>United Nations</i>
VHS	<i>Video Home System</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	CAPÍTULO 1 – A CRISE EMPRESARIAL E A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO	17
2.1	AS FEIÇÕES DA CRISE EMPRESARIAL	18
2.2	EVOLUÇÃO DO REGIME LEGAL DA INSOLVÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	20
2.2.1	Antecedentes históricos: da concordata à recuperação judicial	20
2.2.2	Nova perspectiva do Direito da Insolvência no Brasil	25
2.3	PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO RECUPERACIONAL BRASILEIRO	29
2.3.1	Princípio da preservação da empresa	30
2.3.2	Princípio da função social da empresa	33
2.3.3	Princípio da transparência	34
2.3.4	Princípio da recuperação das empresas viáveis e liquidação das não viáveis	36
2.3.5	Princípio da proteção aos trabalhadores	38
2.3.6	Princípio da participação ativa dos credores	38
2.4	<i>O PAR CONDITIO CREDITORUM</i>	39
3	CAPÍTULO 2 – OS MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A PARTICIPAÇÃO DOS CREDITORES SUJEITOS AO PLANO	43
3.1	NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	44
3.2	IMPOSIÇÕES E LIMITAÇÕES AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	47
3.2.1	Limites gerais	48
3.2.2	Limites específicos	51
3.2.2.1	<i>Limites para pagamento dos créditos trabalhistas</i>	51
3.2.2.2	<i>Limites de substituição ou supressão de garantia real</i>	53
3.2.2.3	<i>Limites para conversão de moeda estrangeira</i>	56

3.2.2.4	<i>Limites de extinção de garantias pessoais</i>	58
3.2.2.5	<i>Limites à alteração do plano de recuperação</i>	59
3.3	CREDORES EXCLUÍDOS DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	60
3.3.1	Credores com garantias fundadas em propriedades	62
3.3.2	Credores extraconcursais	64
3.3.3	Credores fiscais	64
3.3.4	Credores por adiantamento de contrato de câmbio	65
4	CAPÍTULO 3 – FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO	66
4.1	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	68
4.2	FUNÇÃO SOCIAL	69
4.3	REGIME LEGAL E GESTÃO ADMINISTRATIVA	72
4.3.1	Os Fundos Constitucionais de Financiamento: FNE, FNO e FCO	72
4.3.2	Gestão dos fundos e responsabilidade administrativa	76
4.3.3	Concessão do crédito oriundo de Fundos Constitucionais de Financiamento	79
4.3.4	Regras de reembolso aos fundos constitucionais	81
4.4	LEGITIMIDADE PROCESSUAL PARA DEFESA DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO	83
5	CAPÍTULO 4 – A CRISE DA EMPRESA E O TRATAMENTO JURÍDICO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DOS FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	85
5.1	SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	85
5.2	CLASSIFICAÇÃO DE CREDORES ADMINISTRADORES DE CRÉDITOS DO FNE, FCO E FNO	92
5.3	AUTONOMIA DA VONTADE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA NA GESTÃO DE RECURSOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS	93

5.4	A (IN)EFICÁCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA NA APROVAÇÃO DE PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL FACE AOS CRÉDITOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS	98
5.4.1	Novação recuperacional e concessão da recuperação judicial	99
5.4.2	A validade dos planos de recuperação judicial que novam créditos oriundos de Fundos Constitucionais de Financiamento	103
5.4.3	O aparente conflito entre o princípio da isonomia entre credores e o princípio da legalidade	106
5.5	CRÉDITOS ORIUNDOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITADORES DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	108
6	CONCLUSÃO	110
	REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

Inaugurado no Direito brasileiro com a edição da Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 – denominada como Lei de Recuperações e Falências (LRF) –, o instituto da recuperação judicial apresentou um novo paradigma no que se refere ao soerguimento de empresas em crise. A busca prioritária pelo pagamento a certos credores do então comerciante inadimplente – a fim de evitar o processo falimentar, principal objetivo da antiga concordata –, deu lugar a um sistema integrado de medidas cujo objetivo primordial é a preservação da empresa, considerada como uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, consoante o Artigo (art.) 966 do Código Civil brasileiro (CC/2002) – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.¹

O instituto até então adotado era a concordata, mas, a partir da nova ordem econômica brasileira, sua defasagem se tornou evidente. O Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, publicado no pós-guerra, mantinha a concepção de empresa conforme a ordem capitalista vigente em 1944, a partir das tratativas realizadas pelos aliados na Conferência de Bretton Woods. Por sua vez, o crédito era entendido como mera relação obrigacional, sem que o ordenamento jurídico manifestasse qualquer preocupação com a repercussão da insolvência no mercado, limitando-se a regular, unicamente, as relações havidas entre credores e devedores.

Em suma, o ordenamento anterior estava calcado numa realidade econômica ultrapassada, assim como a disciplina legal do crédito no processo de concordata, que consagrava um modelo aparentemente contratual, muito embora estivesse vinculado a uma decisão judicial que obrigava as partes.

Nessa senda, influenciada pelo *Chapter Eleven* do *Bankruptcy Act*, a recuperação judicial surgiu com o intuito de alterar a concepção da antiquada concordata.² A defesa da ordem social e econômica – considerados como imperativos constitucionais –, passou a ser protagonista do novo ordenamento, destacando a proteção aos trabalhadores e o interesse dos credores.

¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

² UNITED STATES BANKRUPTCY CODE. **Chapter 11**: reorganization (sections 1101 to 1174). [S.l.], 2018. Disponível em: <<https://www.usbankruptcycode.org/chapter-11-reorganization/>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

O bem jurídico tutelado no processo recuperacional não é o patrimônio ou capital do empresário, mas a atividade como agente fomentador do desenvolvimento social e econômico. Com a nova sistemática, o que se busca proteger é a manutenção dos empregos, da arrecadação fiscal, da circulação de bens ou serviços, sem olvidar do atendimento ao interesse dos credores, medida que, não menos importante, deixou de ser a principal.

Como meio de equilibrar a balança do prejuízo social pela crise da empresa, o direito recuperacional dividiu, entre os personagens da relação obrigacional, o custo da recuperação. Assim é que a ordem atual prevê a mútua concessão de parcela de direitos dos credores e do empresário devedor em crise para o alcance do objetivo positivado no art. 47 da LRF.³

Para esse equilíbrio, a aplicação do *par conditio crediturum* como princípio derivado da isonomia constitucional é imperiosa, segundo o qual, no âmbito da recuperação judicial, um Plano de Recuperação Judicial (PRJ) não poderá conferir tratamento desigual a credores da mesma classe. Tal princípio tem relevante razão de ser, à medida que a aprovação do PRJ, pela livre manifestação de vontade coletiva, depende do voto individual de cada credor, computados na forma do quórum estabelecido no art. 45 da LRF.⁴ Inexistindo a proteção da isonomia, certamente os planos de recuperação judicial privilegiariam os maiores credores para garantirem votos necessários à sua aprovação.

Uma questão de difícil equação ocorre quando, dentre os credores da recuperanda, observam-se instituições estatais cujos créditos decorrem de fundos constitucionais de financiamento, estes que possuem constituição e administração visando proteger e desenvolver a atividade econômica.

Tais fundos têm a primordial tarefa de incentivar o desenvolvimento de regiões mais pobres do país ou de atividades econômicas determinadas, cuja atuação se mostra de relevante para a economia nacional e, por esta razão, possuem custos evidentemente mais baratos, posto que são subsidiados pelo Estado.

Em contrapartida à tais benefícios ou incentivos, as regras de concessão, aplicação e reembolso desses recursos têm cunho cogente, inderrogável pela vontade dos contratantes, senão nos limites previstos nas próprias legislações regentes, na medida da discricionariedade do gestor dos recursos e observadas a conveniência e oportunidade da Administração Pública.

³ BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁴ Ibid.

Se, por um lado, o ato do gestor público em, consensualmente, reduzir a dívida do empresário devedor de recursos de natureza pública pode sugerir ilicitude administrativa, sujeitando-o às consequências impostas pelos órgãos de controle governamentais, por outro, a intransigência negocial – com respaldo na rigidez legal dos fundos –, pode inviabilizar a recuperação da atividade econômica desenvolvida pelo empresário devedor.

Aí reside, exatamente, o problema a ser apurado neste estudo: qual tratamento deverão ter os créditos decorrentes de Fundos Constitucionais de Financiamento (FCFs) em um processo de recuperação judicial? A investigação acadêmica proposta neste trabalho visa encontrar a solução para o problema apresentado de modo a conferir, à comunidade jurídica e empresarial brasileira, uma resposta segura à disciplina dos créditos decorrentes de referidos fundos em processos de recuperação judicial, observado o *par conditio creditorum*.

Rotineiramente, o instituto do Direito Recuperacional no Brasil se vê diante de uma celeuma envolvendo necessidade de sopesamento e integração de princípios constitucionais para o alcance do bem jurídico tutelado, qual seja, a preservação da atividade empresarial.

Empresas que se encontrem em situação de crise econômico-financeira têm, à sua disposição, e desde que observados certos requisitos, a possibilidade de se socorrerem ao auxílio estatal por meio do processo de recuperação judicial, com proposta de superação das dificuldades a partir da aprovação de um PRJ que, se aprovado, decorrerá na novação das obrigações do devedor.

Um dos meios mais comuns e utilizados de recuperação é a proposta de concessão, por parte dos credores, de deságios em seus créditos e/ou alongamento das obrigações, com razoável prazo de carência para a busca do objetivo do instituto positivado no art. 47 da LRF.⁵ Não raras vezes figuram, como credores de empresas em recuperação judicial, instituições financeiras públicas – constituídas como empresas públicas ou sociedades de economia mista –, cujo crédito tem, via de regra, natureza de verba decorrente de empréstimos oriundos de fundos constitucionais de financiamento.

Por um lado, se o Estado brasileiro constitui fundos de investimentos específicos para o fomento de determinada região do país ou setor da economia a custos subsidiados, por outro, se estabelecem regras cogentes de aplicação e reembolso dos créditos concedidos a serem geridos por entes da Administração Pública indireta, notadamente instituições financeiras estatais.

⁵ Ibid.

Com frequência, tais entidades se veem incluídas em lista de credores nos processos recuperacionais como sujeitas ao PRJ, este normalmente apresentado com propostas de redução dos créditos para além das autorizadas pelas leis regulamentadoras dos respectivos fundos.

O inevitável embate do princípio da preservação da empresa e isonomia entre credores com o da legalidade aplicada aos recursos estatais e a supremacia do interesse público não vem encontrando suficiente enfrentamento pelos estudiosos do Direito, mormente quando posta em questão a eventual improbidade administrativa do gestor público que, a despeito de possibilitar a recuperação da atividade empresarial do devedor, aprova plano com abatimento de valores de créditos de fundos constitucionais.

É necessário um aprofundamento no estudo do tratamento que tais créditos devem sofrer em planos de recuperação judicial, considerando-se a sujeição de empresas estais exploradoras de atividade econômica às mesmas regras comerciais das empresas privadas.

O tema escolhido demonstra relevante importância teórica e social, sem embargo da contribuição que pretende oferecer à doutrina como fonte do Direito, utilizando, para tal, o estudo a partir de metodologia dialética quanto ao método de abordagem, à medida que foi necessária a análise de textos, periódicos, decisões judiciais, artigos e trabalhos acadêmicos para o alcance do objetivo.

Como método de procedimento científico, este trabalho tem a forma monográfica e, como técnica, foram empregados a pesquisa bibliográfica, análises de textos, artigos científicos, decisões judiciais, além de consulta à legislação vigente e revogada.

Como objetivo geral, este estudo monográfico busca analisar o tratamento que deverão ter os créditos decorrentes de FCFs em um processo de recuperação judicial, sendo que, como objetivos específicos, pretende-se:

- a) analisar a ponderação e o sopesamento dos princípios constitucionais da isonomia com o da legalidade e da supremacia do interesse público em processos recuperacionais;
- b) identificar as regras de utilização de recursos de fundos constitucionais de investimento e suas possíveis interpretações, e;
- c) verificar a disciplina para a harmonização dos princípios do *par conditio creditorum*, da legalidade e da supremacia do interesse público nos processos recuperacionais.

A dissertação está estruturada em seis seções, sendo uma introdução, quatro capítulos de desenvolvimento e uma conclusão. No primeiro capítulo, o estudo investiga o fenômeno econômico denominado de “crise da empresa”, contemplando suas feições e causas e

adentrando na análise dos princípios orientadores do processo recuperacional, não sem antes abordar a evolução do direito da insolvência no Brasil, fazendo o necessário cotejamento aos antecedentes históricos do instituto.

Nesse mesmo capítulo, é possível compreender a atual perspectiva do direito da insolvência no Brasil a partir do surgimento do instituto da recuperação judicial. Em seguida, a abordagem se destina ao processo de recuperação judicial propriamente dito, destacando regras processuais para a participação dos credores na necessária defesa do crédito e de aspectos legais do PRJ.

Limites do PRJ, sujeição de credores e meios de proteção ao crédito são temas tratados nesse segundo capítulo, objetivando ambientar o leitor acerca das regras ordinárias do processo recuperacional, de modo a permitir o necessário aprofundamento da pesquisa nos capítulos seguintes.

Desse modo, o terceiro capítulo é dedicado ao tratamento dos fundos constitucionais de financiamento. Para que o trabalho possa enfrentar o problema sugerido – de modo eficaz –, é necessária a adequada abordagem dos respectivos fundos, investigando sua composição, seu fundamento constitucional e regramento legal para que, no quarto capítulo, seja possível cotejá-los com os princípios recuperacionais estudados, com destaque para o *par conditio creditorum*.

Por fim, a conclusão apresenta o resultado da pesquisa bibliográfica realizada, exibindo as soluções sugeridas para as questões da sujeição de créditos oriundos de fundos constitucionais de financiamento nos planos de recuperação judicial, bem como os possíveis limites dessa sujeição.

2 CAPÍTULO 1 – A CRISE EMPRESARIAL E A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO BRASIL

Em seus aspectos social, econômico e cultural, o desenvolvimento de uma sociedade demanda, primordialmente, a geração de recursos para o alcance de seus principais objetivos. Vale dizer que, sem a necessária geração da riqueza, não há como imaginar a constituição de uma sociedade organizada e apta a atender às necessidades da sua população.

Dentre as fontes geradoras de recursos em uma sociedade, destaca-se a atividade empresarial como mola propulsora de riquezas, a qual fomenta a geração de emprego, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e proporciona o patrocínio dos benefícios sociais a partir da atividade arrecadatória fiscal.

A atividade econômica organizada para produção e circulação de bens ou serviços, conceituada dada à empresa pelo art. 966 do CC/2002, representa mais que uma simples unidade econômico-social, posto que se caracteriza como base de sustentação e equilíbrio de toda a sociedade ou, na opinião de Wald, como o “coração da vida econômica e social de uma sociedade contemporânea.”⁶

Compreendida em seus diversos perfis⁷, a “empresa” se tornou uma atividade essencial e indispensável para sociedade atual, sem a qual não se concebe o atendimento às mais básicas necessidades coletivas. Sem a empresa não há riqueza, não há progresso, não há garantia de suprimento dos itens primordiais para o desenvolvimento humano, daí porque se pode concluir que a empresa exerce uma função eminentemente social.

Não por outra razão é que diversos sistemas jurídicos surgidos a partir da concepção do Estado Social adotaram medidas de proteção da empresa, entendidas em seu perfil funcional, objetivando a preservação dos benefícios que esta proporciona à coletividade. A atividade que adocece, seja pelas diversas causas possíveis – de ordem econômica ou política – , poderá se afundar numa crise insanável sem a ajuda intervencionista do Estado.

⁶ BRASIL, 2002, op. cit.

WALD, Arnaldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 34, n. 98, p. 51-57, abr./jun. 1995. p. 52.

⁷ A empresa pode ser compreendida em seu perfil subjetivo, ou seja, como sinônimo de empresário; em seu perfil objetivo, é vista como patrimônio ou estabelecimento; no perfil institucional, percebe-se a perspectiva de empresa como instituição, formada pela união de pessoas em prol da obtenção de melhores resultados; ou em seu perfil funcional, sendo a empresa como atividade empresarial para certo fim produtivo.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, [S.l.], v. 104, p. 109, 1996.

Ao longo da história, não foram poucos os eventos que decorreram em graves crises empresariais. Desde a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, o mundo já experimentou diversos momentos de tensão que terminaram por afetar, quando não por extinguir, atividades empresariais relevantes.

De regra, como bem esclarece Fábio Ulhôa Coelho, “quando as estruturas do sistema econômico não funcionam convenientemente, a solução de mercado simplesmente não ocorre”.⁸ Por vezes, os métodos ordinários de superação de crises não se mostram suficientes para evitar o encerramento da empresa, momento em que o socorro do intervencionismo estatal se mostra imprescindível.

2.1 AS FEIÇÕES DA CRISE EMPRESARIAL

Tendo em vista o intrínseco risco da atividade envolvido, toda e qualquer atividade empresarial está sujeita ao enfrentamento de crises, posto que esse fenômeno é da própria natureza do capitalismo. A crise pode apresentar diversas causas, tanto externas quanto internas, bem como feições que demandam soluções adequadas para sua superação.

A deflagração de uma guerra, ou a quebra de confiança no mercado em decorrência de um evento específico, por exemplo, são causas externas que podem comprometer atividades até então sadias e com boa governança. A recente crise do *subprime* nos Estados Unidos da América (EUA), em 2008, a segunda maior desde a crise de 1929, provocou consequências nefastas em todo o sistema capitalista mundial, não tendo sido exceção a economia brasileira. Na ocasião, observou-se uma significativa queda na produção industrial brasileira no último trimestre de 2008 e uma redução acentuada do Produto Interno Bruto (PIB) no mesmo período.

Da mesma forma, causas internas igualmente contribuem para a formação de crises nas empresas, quando não em todo um determinado setor da economia. Problemas de gestão – desde a tomada de decisões estratégicas desastrosas até a prática de ilícitos, ou ainda desequilíbrio dos mercados pela prática de concorrência desleal –, podem ser causas de crises. Foi o que ocorreu na economia brasileira após a deflagração da operação Lava Jato, quando práticas internas de corrupção em estatais e em sociedades empresárias contratadas

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 162.

contaminaram parte relevante dos envolvidos, ocasionando um aumento significativo de pedidos de recuperação judicial.

Seja por causas externas ou internas, empresas afetadas podem apresentar crises de feições distintas. Kirschbaum destaca que a chamada crise econômica é sinalizada por “problemas de alocação de recursos utilizados pela empresa” ou pela impossibilidade de o empresário comercializar o objeto de sua produção.⁹ Coelho a entende como uma “retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária”, sendo muito comum em cenários em que evoluções tecnológicas tornam obsoletos produtos ou serviços, sem que o empresário tome medidas para adequá-los à nova realidade.¹⁰ A crise financeira, por outro lado, é caracterizada pela crise de liquidez.

As vendas podem estar crescendo e o faturamento satisfatório – e, portanto, não existir crise econômica, - mas a sociedade empresária ter dificuldades de pagar suas obrigações, porque ainda não amortizou o capital investido nos produtos mais novos, está endividada em moeda estrangeira e foi surpreendida por uma crise cambial ou o nível de inadimplência na economia está acima das expectativas.¹¹

Quando o agravamento da crise – seja econômica ou financeira –, direciona o empresário para o desequilíbrio patrimonial, desenhando-se uma insolvência, torna-se evidente uma crise patrimonial.

Com efeito, a proteção da atividade pelas ferramentas estatais disponíveis na legislação de regência não discrimina causas de crises empresárias ou ainda suas feições. Decerto que, em se tratando de remédio jurídico alicerçado em uma função eminentemente social, a recuperação não se mostra disponível a atender empresa atingida por crise insanável. Nessas hipóteses, e a partir da falência do empresário, a injeção de recursos na economia se mostra mais do que simplesmente permitida, mas, sobretudo, economicamente desejada.¹²

O socorro estatal para a busca de uma solução para a crise é adequado, desde que comprovada sua existência e verificada a viabilidade da atividade desenvolvida. A recente explosão tecnológica, o surgimento de startup’s e os serviços prestados por meio da Internet,

⁹ KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-03062011-104905/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 16.

¹⁰ COELHO, 2014, op. cit., p. 56.

¹¹ Ibid., p. 57.

¹² Nesse sentido, “quando não há solução de mercado, aparentemente não se justifica a intervenção do Estado (Poder Judiciário) na tentativa de recuperação da empresa. O próprio instituto jurídico da recuperação parece, *prima facie*, um despropósito no sistema econômico capitalista. Se ninguém quer a empresa, a falência é a solução de mercado, e não há por que se buscar à força a sua recuperação.” Ibid., p. 162, grifo do autor.

além de outras tantas inovações, são fenômenos econômicos que colocam à prova o empresariado tradicional. A eventual estagnação de produtos e serviços até então presentes no mercado, mas que, no futuro, tendem a se tornar obsoletos, pode, por exemplo, inviabilizar a tentativa de recuperação por intervenção estatal.¹³

Apenas se comprovada a grave crise empresária e demonstrada a viabilidade da atividade adoecida é que a solução intervencionista se mostra possível. Como aponta Coelho, a “recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as *más* empresas devem falir para que as *boas* não de prejudiquem.”¹⁴

2.2 EVOLUÇÃO DO REGIME LEGAL DA INSOLVÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

A situação de crise econômica ou financeira é enfrentada, pelo Direito, com perspectivas e soluções distintas no que se refere à insolvência e a depender de cada respectivo contexto histórico.

As mudanças na ordem social ocorridas ao longo dos tempos fizeram com que sua disciplina jurídica ganhasse relevante desenvolvimento até o alcance do seu atual estágio evolutivo.

2.2.1 Antecedentes históricos: da concordata à recuperação judicial

A doutrina diverge quanto ao marco inicial da regulação jurídica da insolvência, malgrado se observe um tímido precedente já no Direito Romano. A esse tempo, não existia qualquer preocupação política com a reabilitação do devedor ou a preservação da sua atividade. Fosse ou não comerciante, o devedor que incorresse em inadimplência insanável não tinha outra saída senão sofrer as duras consequências legais da sua insolvência.

Primordialmente, o Direito não visava atender o interesse patrimonial dos credores, mas se apresentava como solução punitiva ao devedor infame, o qual respondia com seu

¹³ Nesse sentido, “nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos- materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizado a capacidade de produzir riqueza.”

Ibid., p. 165.

¹⁴ Ibid., p. 161, grifo do autor.

próprio corpo pela insolvência criada. Na Lei das Doze Tábuas, havia previsão para que o credor se apropriasse do devedor com o objetivo de vendê-lo como escravo, não fosse a hipótese de este ser morto por esquartejamento. Referida norma ainda previa, no n. 9 da Tábua Terceira:

Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quanto sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.¹⁵

Leitão afirma que os efeitos dramáticos da insolvência, cujas consequências recaíam sobre a pessoa do devedor, ensejaram o surgimento, em 326 antes de Cristo (a.C.), da *Lex Poetelia Papira de nexis*, a qual extinguiu o cunho penal do procedimento, malgrado previsse, ainda, o cárcere privado do devedor em razão da sua insolvência.¹⁶

Mais tarde, desenvolveu-se norma que previa a apreensão e venda dos bens do devedor – *missio in possessionem in bona debitoris* –, em lugar de sua prisão, cabendo aos credores a administração destes pelo prazo de 15 a 30 dias, após o que se deveria aliená-los por meio do *bonorum venditio*.

Posteriormente, a administração e alienação dos bens deixaram de ser atribuições dos credores e passaram a ser funções de um curador – *bonorum distractio* –, o qual era revestido de instrumentos para agir contra atos do devedor que viessem a causar prejuízo aos credores mediante fraude – *actio pauliana*, *interdictum fraudatorium* e *restitutio in integrum*, como Leitão discute em sua obra.¹⁷

No Direito Romano, o tratamento jurídico da insolvência ainda avançou para a possibilidade de o devedor evitar a prisão a partir da cessão de seus bens aos credores – *Lex Julia* –, e para o fim da previsão de cárcere privado, cabendo a custódia do devedor ao Estado.

Nesse tempo, não havia distinção de tratamento da insolvência entre comerciantes e não comerciantes. A responsabilidade do devedor era ilimitada e atingia, inclusive, seus herdeiros por sucessão, os quais passavam a se responsabilizar pelo pagamento das dívidas do *de cuius*, inclusive com seu patrimônio pessoal, não fosse o caso de optarem pela renúncia da herança, situação que acarretava a pena de infâmia à memória do falecido e início da *bonorum venditio*.

¹⁵ DHNET. **Lei das XII Tábuas**. [S.l.], [entre 1995 e 2014]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da insolvência**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 22.

¹⁷ *Ibid*, p. 23.

Como meio alternativo de solução para o dilema entre aceitar uma herança ruidosa – com sucessão de responsabilidade aos herdeiros –, ou dar causa à aplicação da pena de infâmia à memória do *de cuius*, deu-se início ao embrião jurídico que, tempos depois, viria a ser constituída como concordata.¹⁸

Tratava-se do *pactum ut minus solvatur*, de origem jurisprudencial, e que consistia na negociação dos herdeiros com os credores para pagamento parcial. Aos herdeiros, interessava evitar a mancha na memória do falecido e, aos credores, a demora pela incerteza do efetivo recebimento de bens. Inicialmente, o referido trato apenas vinculava os envolvidos se obtivesse unanimidade entre os credores. A partir do Direito justiniano, passou-se a reconhecer a vinculação da maioria a partir de uma homologação pretoriana, imprimindo caráter judicial ao acordo.

Como o instituto apenas regulava relações de sucessão hereditária, o Direito criou a figura jurídica do *pacta de non petendum*, o qual consistia no ajuste do devedor com os seus credores para remissão parcial de suas dívidas, aproximando-se da figura da concordata amigável que surgiria tempos depois. Portanto, o *pactum ut minus solvatur* e o *pacta de non petendum* se apresentam, com reconhecimento de parte relevante da doutrina, como primeiras medidas de superação de crise.

Bezerra Filho destaca que foi na Idade Média – notadamente na península itálica do Século XIII –, que os primeiros delineamentos do Direito Falimentar se desenvolveram.¹⁹ Requião igualmente comenta que foi na Idade Média que as sanções recaídas nas pessoas dos devedores foram substituídas pela liquidação coletiva de seus bens, evitando, assim, a fuga deste para se livrar das pesadas consequências e do vexame da infâmia declarada, além de trazer alguma segurança aos credores quanto ao efetivo recebimento de créditos.²⁰

É também nessa época que os credores passaram a perceber, no acordo coletivo com o comerciante devedor, uma forma de receber, senão a integralidade, ao menos parte dos seus créditos. Sobre esse procedimento vigente nos tempos medievais, Domingues esclarece que:

¹⁸ Parte da doutrina não reconhece o *pactum ut minus solvatur* como precedente da concordata, mas apenas figuras jurídicas nascidas a partir da Idade Média.

¹⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 – comentada artigo por artigo. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1976.

Os credores eram convocados a comparecer perante o juiz e deviam votar sobre a concessão da concordata. Sendo favorável a maioria, o juiz homologava o acordo que só então produzia efeitos e obrigava a minoria dissidente ou omissa. Essa maioria as vezes representava a maioria simples dos credores, maioria por conta do valor dos créditos, ou, ainda, maioria dupla, pela combinação entre maioria em número de credores e de valores dos créditos.²¹

Contudo, foi no período pós Revolução Francesa – influenciado pelo liberalismo que dominava a época –, que restou positivado o *Code de Commerce* francês de 1807, o qual viria a influenciar não apenas o Direito português como também o Direito brasileiro. O referido diploma passou a regular o processo de falência, o de bancarrota (cessação de pagamentos em razão de culpa grave ou fraude) e trouxe a previsão da concordata. Sobre a positivação do processo de concordata no Código Comercial francês, Leitão acrescenta:

No sistema do Código francês de 1807, a falência é essencialmente tratada como um processo de liquidação de bens do comerciante, resultante da cessação de pagamentos. O processo visa, no entanto, principalmente a obtenção de concordata entre o devedor e os seus credores, uma vez que a liquidação de bens só se verifica se a concordata não for proposta ou sendo, não vier a ser aceite.²²

Do Direito brasileiro, diversos foram os diplomas normativos que trataram da matéria falimentar no curso da história, como como resumiu Bezerra Filho:

[...] o exame do histórico do direito brasileiro inicia-se com as Ordenações Afonsinas que, promulgadas em 1446, estavam vigentes quando da descoberta do Brasil, em 1500; as Afonsinas foram substituídas pelas Ordenações Manoelinas, em 1521, e, posteriormente, pelas Filipinas, em 1603. No entanto, o primeiro diploma que cuidou da matéria falimentar foi a Lei de 08 de março de 1545, promulgada por Filipe II, que veio a influenciar as Ordenações Filipinas, promulgadas oito anos depois, em 1603. Em 1756, o Marquês de Pombal outorga o Alvará de 13 de dezembro, tratando do processo de falência. Após 7 de setembro de 1822, com a proclamação da independência do Brasil, continuaram vigendo as leis portuguesas, como sempre ocorre com qualquer ruptura institucional. Apesar de estabelecida, há uma fase de ‘vazio’ legislativo, durante o qual permanecem as leis do sistema anterior, que aos poucos vão sendo adaptadas à nova ordem.²³

Foi em 1850, com forte influência da codificação francesa, que surgiu a primeira regulamentação falimentar codificada do Direito brasileiro, mais especificamente no Código Comercial de 1850, na seção intitulada “do processo das quebras”, o qual foi, posteriormente, regulamentado pelo Decreto 738, de 25 de novembro de 1850.²⁴

²¹ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da concordata à recuperação: investigando a recuperação extrajudicial. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.). **Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 66-121. p. 73.

²² LEITÃO, op. cit., p. 33.

²³ BEZERRA FILHO, op. cit., p. 51.

²⁴ BRASIL. Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850. Dá o Regulamento aos Tribunaes do Commercio, e para o processo das quebras. **Coleção de Leis do Império do Brasil – 1850**, Rio de Janeiro, v. 1, Parte 1, p. 371, 1850. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/fed/decret/1824-1899/decreto-738-25-novembro-1850-560165-publicacaooriginal-82789-pe.html>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Esta foi a primeira regulamentação do instituto da concordata no Brasil e apenas era admitida em sua forma suspensiva, mediante aprovação do acordo por maioria de 2/3 dos titulares de créditos sujeitos. Existia, ainda, a previsão da moratória pelo prazo máximo de três anos como segundo o remédio de se evitar a falência, mas o comerciante que a pretendesse deveria provar que a causa da impossibilidade de honrar prontamente suas obrigações se vinculava a eventos imprevistos, como acidentes extraordinários.²⁵

Com efeito, a inserção positiva da falência e da concordata no Direito brasileiro, à luz das influências políticas e econômicas da época, limitava-se e buscar regular os conflitos privados nas relações comerciais e cuja insolvência do devedor se mostrasse evidente. O ambiente constitucional brasileiro da época, qual seja, a Constituição Imperial de 1824, justificava o caráter liberal e não intervencionista da lei falimentar, a qual buscava prestigiar o direito de crédito em face do devedor insolvente como corolário do *pacta sunt servanda*.

Somente a partir do Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, é que se passou a admitir a concordata preventiva, muito embora o ordenamento jurídico tenha preservado a figura da moratória.²⁶ Estava, portanto, autorizada – desde que preenchidos todos os requisitos previstos na norma –, a tentativa de o devedor evitar sua falência a partir do oferecimento de proposta de acordo aos seus credores, seja alicerçado na remissão de dívidas (descontos) ou na dilação do prazo.

Lacerda esclarece que a evolução do instituto da concordata no Direito brasileiro ainda passou pela substituição do Decreto 917/1890 pela Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, a qual foi regulamentada pelo Decreto n. 4.855, de 2 de junho de 1903, sobrevivendo, posteriormente, a Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908 (a qual foi modificada pela Lei n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929). Referida Lei vigorou até a edição do Decreto-Lei 7.661/1945.²⁷

A norma de 1945 inaugurou diversas mudanças no regulamento da concordata, a exemplo da que deixou de admiti-la de forma extrajudicial, inclusive considerando sua tentativa como ato de falência. Para que o devedor obtivesse sucesso em sua tentativa de formalizar um acordo coletivo para evitar a iminente falência, teria que obter aprovação da

²⁵ DOMINGUES, 2009, passim.

²⁶ BRASIL. Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890. Reforma o código comercial na parte III. **Coleção de Leis do Brasil – 1890**, [Rio de Janeiro], n. 10, p. 3037, 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-917-24-outubro-1890-518109-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

²⁷ LACERDA, Paulo Maria de. **Da falencia no direito brasileiro**. São Paulo: Nacional, 1931. p. 8.

unanimidade dos seus credores, de modo que, à recusa de apenas um, poderia ter sua falência decretada.

Malgrado o Decreto-Lei n. 7.661/1945 tenha alterado algumas regras do processo de concordata, o ambiente ideológico iluminista liberal permanecia vivo na disciplina falimentar brasileira. O bem jurídico tutelado, portanto, era o crédito, sem maiores preocupações econômicas ou sociais de uma eventual quebra do devedor.

Evitava-se a falência, seja por meio da concordata (preventiva ou suspensiva), seja a partir da moratória, não como tutela do devedor, da atividade ou como medida intervencionista para busca da manutenção da empresa, mas como forma de minorar os prejuízos de credores afetados pela insolvência do devedor.

Sérgio Campinho destaca que, embora a Lei Falimentar de 1945 tenha tentado abolir o caráter exclusivamente contratual da concordata, passando a funcionar como um favor legal ao devedor, sua aplicação prática não conseguiu atender aos anseios sociais de defesa da atividade econômica sem se olvidar do atendimento aos credores. Um exemplo disso é a impossibilidade de sujeição de credores garantidos, trabalhistas ou fiscais no processo de concordata, o qual apenas se direcionava aos credores quirografários do devedor.²⁸

Apenas a partir da abolição da teoria dos atos de comércio e o desenvolvimento da teoria da empresa no Brasil – cujo marco legal foi a vigência do CC/2002 –, é que a perspectiva do Direito da Insolvência no Brasil – demandado pelo crescente sentimento publicista surgido após a Constituição Federal de 1988 (CF/88) –, entendeu pela necessidade da implementação de soluções para crises empresariais de modo a preservar, primordialmente, a atividade empresarial.

A entrada em vigor da Lei 11.101/2005, portanto, não apenas extinguiu a concordata, inaugurando uma nova perspectiva no tratamento da insolvência no Brasil, mas, sobretudo, debutou um novo Direito, o Direito Recuperacional brasileiro.

2.2.2 Nova perspectiva do Direito da Insolvência no Brasil

Desde a mudança de paradigma constitucional brasileiro, ocorrida a partir da promulgação da Carta de 1988, a concepção do Direito Privado passou a ser constitucionalizada, de modo que sua aplicação, mormente nas relações particulares, deve

²⁸ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

observar e se alinhar ao escopo normativo da Carta Constitucional, como Tepedino discute em sua obra.²⁹

De inspiração iluminista e aos poucos, o Estado liberal pós Revolução Francesa foi dando lugar ao Estado social, à medida que novos anseios sociais passaram a demandar maior protecionismo. As aspirações libertárias que deram causa ao liberalismo político e à não-intervenção estatal já não mais se revelavam presentes na sociedade do pós Segunda Guerra. O desequilíbrio social – patrocinado pela ausência de proteção estatal já iniciado na Revolução Industrial –, exigiu uma mudança no papel do Estado frente ao cidadão.

Os anos que se seguiram após a Segunda Guerra Mundial foram marcados pelo surgimento de diversas constituições fundadas no *Welfare State* e com criações de “deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica.”³⁰ Assim é que as constituições surgidas nesse período destacavam princípios até então restritos à legislação civil. Conceitos como função social da propriedade e limites da atividade econômica ganharam status constitucional e, portanto, de observância obrigatória pelo interprete do Direito.

Esvaído pelo crescente desequilíbrio social ocasionado pelo afastamento do Estado das relações privadas, o cidadão passou a reclamar a proteção deste mesmo Estado contra a sanha do capitalismo liberal. As desigualdades decorrentes pela ausência de regulação estatal, notadamente nas relações de trabalho, culminaram por deflagrar essa demanda protetiva.

Por essa nova perspectiva, o Direito Privado passou a orbitar o núcleo constitucional, não mais se falando em compreender o Direito Constitucional a partir das regras por si positivadas. O tempo é de realizar a leitura do Direito Privado à luz dos princípios e regras constitucionais. Lôbo esclarece que “a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.”³¹

A partir do constitucionalismo do Direito Civil, a preocupação deixa de se concentrar no indivíduo, deslocando-se para as atividades que eles exercem e seus naturais riscos.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

³⁰ *Ibid.*, p. 43.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, DF, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Tepedino resume bem ao afirmar que “o Código Civil perde, assim, definitivamente, o papel de Constituição do direito privado.”³²

Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, abriu-se espaço para uma maior intervenção estatal nas relações particulares, notadamente pela via legislativa, buscando justamente atingir os objetivos da função constitucional. Tal fenômeno é denominado, pela doutrina civilista, como publicização do Direito Privado. Sarmento aponta que:

No contexto do Estado Social, a produção de normas jurídicas se multiplica, ocasionando uma verdadeira ‘inflação legislativa’. Com efeito, a expansão das missões governamentais acarretou como consequência uma intensificação sem precedentes da atuação regulamentar do Estado, que foi convocado para disciplinar juridicamente os mais variados campos da vida social.³³

A publicização do Direito Privado ou em outros termos, a crescente intervenção estatal, principalmente no âmbito legislativo, deu causa ao surgimento de diversas normas protecionistas na denominada era das codificações, com destaque para o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 –, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 –, e a Lei de Locações – Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991.

No âmbito do Direito Falimentar brasileiro, essa mudança de paradigma teve seus primeiros sintomas com o CC/2002, como já apresentado anteriormente. O Direito Comercial deixou de ser disciplina jurídica aplicada à determinados atos exercidos, passando a ser destinado a regular as atividades do empresário, considerado em seu perfil funcional.

Já não havia mais ambiente para que o tratamento legal da insolvência ignorasse a necessidade de se buscar proteção de bens jurídicos de âmbito coletivo e de interesse difuso, como a manutenção de empregos, a arrecadação fiscal, o abastecimento de produtos e serviços, ou seja, o desenvolvimento da economia.

Melo indica que a crise de insolvência empresarial até então era tratada como meio de atendimento ao crédito pelas vigentes regras da concordata. Embora concebida, a partir do Decreto-Lei n. 7.661/45, como favor legal e não mais como mero ajuste contratual, o instituto não logrou atender aos objetivos sociais e econômicos de preservação da atividade comercial, mantendo-se, em verdade, como ferramenta de mitigação de prejuízos dos credores, haja vista

³² TEPEDINO, loc. cit.

³³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 64.

seu posicionamento histórico-temporal com fortes influências do Estado liberal não intervencionista. No referido instituto, não se tinha o primordial intuito de salvaguardar a atividade econômica, mas o atendimento prioritário ao interesse do comerciante devedor e de credores sujeitos ao procedimento.³⁴

Apenas com a vigência da Lei n. 11.101/2005 é que o destinatário desse favor legal deixou de ser o comerciante, com fins primordiais ao atendimento do direito de crédito. A partir de então, o favor legal materializado pela concordata foi substituído pela possibilidade de aprovação de um plano de recuperação da empresa, mediante a conjugação de ajustes de vontade com os credores, o atendimento às limitações cogentes do plano (expressas e tácitas) e a homologação judicial.³⁵

O processo recuperacional surgiu no ordenamento brasileiro – observadas a matriz constitucional do seu fundamento –, com a função de atender a uma multiplicidade de interesses, dentre os quais a preservação da atividade empresarial e todos os consectários daí decorrentes, como a manutenção dos postos de trabalho, dos fatores de produção, a continuidade da arrecadação fiscal, sem se olvidar da proteção aos interesses dos credores. Vasconcelos chega a classificá-lo como “Direito Recuperacional Constitucional”.³⁶

A ideia central do novo Direito Recuperacional brasileiro não reside no atendimento dos interesses dos acionistas, sócios ou administradores de empresas. De fato, a possível vantagem patrimonial que tais agentes possam desfrutar em face de uma recuperação judicial ou extrajudicial – notadamente com a valorização de suas participações societárias –, consiste em um mero efeito colateral do socorro social patrocinado pela intervenção estatal.

Nesse sentido, princípios positivados e implícitos, além de regras estabelecidas na LRF, evidenciam a tônica deste novo Direito: buscar preservar, sempre que possível e limitado ao custo social, as empresas viáveis, liquidando aquelas que se mostrem inviáveis ou cuja falência revele um custo social mais benéfico.

³⁴ MELO, Marciano Almeida. A função social da Lei n. 11.101/2005 na falência e recuperação da empresa. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 13, n. 964, 2012. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2488>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

³⁵ BRASIL, 2005, op. cit.

³⁶ VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**. 2012. 222 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162049/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

2.3 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO RECUPERACIONAL BRASILEIRO

Já se comentou que o novo Direito Privado, já constitucionalizado, deixou de ser um mero aplicador de regras materiais ou processuais definidas em leis ou contratos, alheios ao fundamento constitucional que regem as relações sociais. O atendimento da função social dos contratos, por exemplo, passou a ser regra principiológica indispensável na concepção do Direito das obrigações, possibilitando a interferência do Judiciário para a realização de ajustes ou mitigando desigualdades, ainda que contrariando a autonomia privada das partes.

No Direito Recuperacional, a presença do Estado na regulação das relações travadas entre devedor e credores não foge à regra. Desde o pedido de recuperação judicial – por devedor empresário –, até o encerramento do processo, passando pelo ajuste de vontade por meio do plano de recuperação, princípios orientadores – muitos dos quais de natureza constitucional –, devem ser observados e prudentemente aplicados sob pena da interferência do Estado Juiz para garantir a proteção de bem jurídico de interesse difuso.

Como toda aplicação de princípios, ou de regras e princípios, deve o aplicador do Direito realizar, calcado na razoabilidade e na proporcionalidade, o prudente sopesamento para fins de alcance dos objetivos do instituto, conforme a lição de Alexy.³⁷ Ainda que o art. 47 da LRF estabeleça, de forma expressa, a necessária observância d princípio da preservação da empresa, não se pode entendê-lo como absoluto e, assim, deve ser aplicado à medida que a atividade em questão se comprove viável.³⁸ Lobo empresta a importante lição sobre o tema:

No caso da recuperação judicial, a assembleia geral de credores e o juiz da causa deverão entregar-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, o processo concursais são ‘procedimento de sacrifício’, que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos de credores.³⁹

Tratando-se de um processo que visa a preservação de um bem social relevante, não se concebe que sua persecução ocorra a partir de custo desproporcional. Vale dizer que não deve haver conjunção de esforços para a tentativa de preservação de uma atividade manifestamente inviável, muitas vezes já encerrada e sem qualquer perspectiva de recuperação. Insistir em

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

³⁸ BRASIL, 2005, op. cit.

³⁹ LOBO, Jorge. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: art. 35 ao art. 69 da Lei n. 11.101/05. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Orgs.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 146-279. p. 184.

uma recuperação descabida seria tentar alcançar um benefício improvável a partir do comprometimento de bens sociais relevantes, medida que desvirtuaria o instituto da recuperação judicial.

Nesse cenário, é necessário estabelecer uma perfeita harmonia entre os princípios orientadores da recuperação judicial para que seu objetivo seja fielmente alcançado. A Lei 11.101/2005 já estabeleceu, por opção legislativa e possivelmente didática, alguns princípios positivados no texto normativo, além de outros que se concebem de forma implícita.

A jurisprudência brasileira destaca a existência de três princípios basilares da recuperação judicial, quais sejam: a preservação da empresa, o interesse dos credores e o *par conditio creditorum*, como destacado julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 1302735/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.⁴⁰

Nesse estudo, além dos mencionados princípios – dada a relevância do *par conditio creditorum* na análise do problema epistemológico, optou-se por tratá-lo numa seção específica, conforme adiante –, serão verificados os princípios da preservação da empresa, da função social desta, da transparência, da recuperação das empresas viáveis e liquidação das não viáveis, da proteção aos trabalhadores e da participação ativa dos credores.

Contudo, em face da ausência de tratativa de outros princípios reconhecidos por parte da doutrina no presente trabalho, não se nega sua relevância e validade. No entanto, por figurarem como princípios processuais de abrangência inespecífica, embora igualmente aplicáveis em processos recuperacionais, optou-se por apenas citá-los. Assim, não serão desenvolvidos, malgrado válidos, os princípios da celeridade, da segurança jurídica, do devido processo legal constitucional, da razoabilidade, da proporcionalidade, dentre outros tantos princípios processuais.

2.3.1 Princípio da preservação da empresa

A preservação da empresa é a pedra angular do procedimento recuperacional, e, exatamente por esse motivo, é que alguns princípios e regras que compõem o arcabouço

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. 1302735/SP. Recorrente: Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos. Recorrido: Companhia Metalúrgica Prada. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 05 abr. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1302735&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 mar. 2018.

interpretativo do Direito Recuperacional são mitigados para garantir a eficácia do referido princípio.

O exercício da ponderação entre princípios, entre regras – na forma da teoria de Ávila ou até mesmo entre princípios e regras –, já veio, em grande parte, resolvida pelo legislador recuperacional.⁴¹ Para possibilitar a superação da crise e o salvamento da atividade econômica, direitos consolidados de credores, por exemplo, são relativizados; deveres de natureza pública, por sua vez, são flexibilizados; princípios de Direito Privado veem sua aplicabilidade recuada para dar lugar a princípios que, no caso concreto, se mostram mais adequados.

Não se nega que um indivíduo – titular de um legítimo direito de crédito –, possa exercê-lo contra quem lhe deve quantia líquida e certa por meio da competente ação de execução. No entanto, em face do princípio norteador da recuperação judicial, o direito fundamental de ação – de natureza principiológica –, tem sua eficácia suspensa em exercício de ponderação realizado pelo próprio legislador infraconstitucional, à medida que determina a suspensão de todas as ações e execuções contra a empresa em recuperação a partir do deferimento do processamento da medida, pelo prazo de 180 dias, conforme o art. 52, III da LRF.⁴²

Esses exercícios de sopesamento e ponderação de princípios são exaustivamente observados no procedimento de recuperação judicial. Alguns desses conflitos foram previamente identificados pelo legislador ordinário e resolvidos a partir da positivação de regras, como aquela que determina a suspensão das ações e execuções contra o devedor pelo prazo legal.⁴³

Outros tantos costumam se apresentar no desenvolvimento do próprio processo recuperacional, muitos de difícil solução e cuja aplicação não pode ser entendida como de caráter geral. Assim, cada caso demanda um exercício próprio de sopesamento.

Quando o empresário se vê envolto em uma crise econômico-financeira cuja solução dependa da intervenção estatal – hipóteses em que soluções do próprio mercado não se mostrem eficientes –, o que se deve ponderar, para fins de proteção, não é a figura do empresário propriamente dita (embora este seja, de fato, o destinatário direto da ajuda estatal),

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁴² BRASIL, 2005, op. cit.

⁴³ Ibid.

mas daquilo que este representa, ou seja, a atividade econômica que este desenvolve em vista da preservação de outros fatores de produção, como discute Campinho.⁴⁴

Roseli Rêgo Santos Cunha Silva acrescenta que “a preservação está direcionada à atividade e dissociada da figura do empresário e daquele que de alguma forma a controla através da participação societária.”⁴⁵ Desse modo é que não se pode elevar o princípio da preservação da empresa a um patamar de intangibilidade, buscando aplicar as regras protetivas em todo e qualquer caso na busca da recuperação da atividade a todo custo. O direito a se recuperar de um empresário que exerce uma atividade economicamente viável e de alta relevância social é o mesmo, do ponto de vista formal, daquele outro cuja atividade não se mostra exatamente viável e cuja participação econômica não se afigura exponencial.

Como exemplo, cita-se a possível tentativa de recuperação de uma empresa exploradora da atividade de locação de *Digital Versatile Disc* (DVD), de fitas *Video Home System* (VHS) e similares, em tempos de propagação de serviços de *streaming* de vídeos pela Internet. Hodiernamente, é sabido e esperado que serviços superados pelo avanço tecnológico não irão se sustentar no mercado, ressalvada a possibilidade de o empresário se reinventar com o desenvolvimento de novos produtos e serviços, a fim de se manter vivo no mercado.

Nesse caso, mostrar-se-á inviável a tentativa de recuperação do empresário que insiste em explorar a atividade superada pela inovação, não sendo materialmente justificável a intervenção estatal da recuperação ainda que, formalmente, este empresário possa ser titular do mesmo direito a se recuperar que os demais.

O exercício do sopesamento e da ponderação de princípios deve ser preciso para, no caso concreto, concluir que o princípio da preservação da empresa não deve prevalecer em face da inviabilidade da atividade que se busca salvar. Para a economia nacional – de cujo princípio da preservação da empresa deriva –, a quebra daquele empresário com rápida injeção de recursos na economia, decorrentes da realização dos seus ativos, se mostra como medida socialmente mais adequada.

Lobo esclarece a necessidade de realização de ponderação de princípios, destacando o da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e

⁴⁴ CAMPINHO, 2010, *passim*.

⁴⁵ SILVA, Roseli Rêgo Santos Cunha. **A preservação da microempresa e da empresa de pequeno porte em recuperação judicial como forma de proteção do trabalho e de fortalecimento da economia nacional**. 2016. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21110/1/ROSELI%20R%20C3%8AGO%20SANTOS%20CUNHA%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

o da segurança jurídica e efetividade do Direito para definição, por meio do “teorema da colisão” de Alexy, qual deverá prevalecer diante de uma circunstância de colisão.⁴⁶

Enquanto instrumento formalizador dos meios de recuperação e de cuja novação consequente garante a oportunidade de o empresário se reestruturar, os planos de recuperação, devem, igualmente, estar sujeitos à ponderação e sopesamento de princípios quando da sua formação, deliberação e homologação judicial, não se podendo falar em soberania absoluta das partes para deliberarem o que quiserem – a autonomia privada deve ser respeitada à luz dos demais princípios informadores da recuperação judicial.

2.3.2 Princípio da função social da empresa

Desde quando o liberalismo econômico passou a ser questionado pelas demandas sociais, reclamando uma mudança no comportamento do Estado como regulador das relações, a propriedade passou a ser entendida como direito não absoluto. A concepção acerca da limitação de exercício de direitos fundamentais ganhou força com a premente demanda para que o Estado deixasse de ser mero observador das relações particulares e agisse, ainda que mediante intervenção, visando garantir o equilíbrio, a justiça.

Na Carta Constitucional brasileira, percebem-se diversas passagens em que se reconhece a existência de uma função social da propriedade, bem como a obrigação de seu atendimento, como o art. 5º, inciso XXIII e o art. 170, inciso III.⁴⁷ Na legislação infraconstitucional, igualmente é reconhecida a função social da propriedade – CC/2002, art. 421⁴⁸ –, ao se limitar a liberdade de contratar à sua observância.⁴⁹

A ideia é de que a autonomia privada não suplante aspirações e demandas sociais, olvidando-se do atendimento de princípios relacionados à solidariedade e à isonomia. Se um imóvel pertence à determinada pessoa, deve-se buscar o atendimento à sua função social –

⁴⁶ LOBO, loc. cit.

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁴⁸ BRASIL, 2002, op. cit.

⁴⁹ “O direito de propriedade evoluiu na sociedade de uma tendência liberal, da propriedade privada como direito individual, à uma tendência socialista, da negação da propriedade privada como direito individual para finalmente uma concepção da função social da propriedade.”

CHEMERIS, 2003, p. 49 apud OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **Fundamentos jurídicos da função social da empresa**. 2008. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12323>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 69.

como moradia, fixação de estabelecimento empresarial e etc. –, sob pena de perdê-lo por desapropriação-sanção, conforme disciplina a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.⁵⁰

Nessa senda, Patrocínio afirma que “a funcionalização da propriedade, logicamente, repercutiu no terreno empresarial, pois a organização de fatores de produção e do respectivo nexos de negócios jurídicos não poderia ser vista de maneira individualista.”⁵¹ A empresa, malgrado entendida como atividade, igualmente deve atender à uma função social, não havendo legitimidade no seu exercício sem que se atendam aos benefícios sociais e econômicos decorrentes da sua existência.

O centro de múltiplos interesses que caracteriza a atividade empresarial não se presta ao atendimento exclusivo dos contratantes de uma sociedade empresária, de acionistas, investidores ou ainda de empresário individuais. Se assim o fosse, não haveria razão para que o Estado patrocinasse ajuda para superação de crise econômica ou financeira que, porventura, ocorresse.

É exatamente a busca pelo atendimento da função social da empresa que justifica a intervenção estatal na defesa dos diversos interesses sociais envolvidos, dentre os quais os interesses dos trabalhadores, do Fisco, de fornecedores ou de credores. Vale dizer que o fundamento da recuperação judicial é, justamente, a função social da empresa.

2.3.3 Princípio da transparência

Não há recuperação judicial sem que haja uma comprovada crise na empresa. O processo recuperacional previsto na Lei n. 11.101/2005, contudo, não é garantia de que as dificuldades serão superadas e a atividade empresarial voltará à espelhar progresso e desenvolvimento.

Diversos são os fatores que poderão impedir a recuperação da empresa, ainda que a sociedade tenha ajuizado o pedido de ajuda estatal, posto que a reprovação do plano pelos

⁵⁰ BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 17 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁵¹ PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os princípios do processo de recuperação judicial de empresas. **Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, [S.l.], n. 56, p. 72-91, abr./maio 2014. Disponível em: <http://www.mpatrocinio.com.br/fotos_site/artigo%20-%20daniel%20patrocinio%20-%20principios%20recuperacao.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

credores, a não apresentação da proposta no prazo definido pelo art. 53 da LRF ou o descumprimento do PRJ são situações que ensejam a convolação em falência.⁵²

Ou seja, uma empresa em recuperação é uma empresa em situação potencialmente pré-falimentar e, por essa razão, a transparência da sua condução, seja em face dos credores, seja em face do próprio mercado, é medida impositiva.

Não por outra razão que o legislador infraconstitucional determinou a constante fiscalização do devedor, seja pelo administrador judicial nomeado, seja pelos credores por meio da constituição do comitê de credores. Além da obrigação de a recuperanda apresentar relatórios contábeis desde a instrução da sua petição inicial, caberá, ao administrador judicial, a apresentação de relatório mensal das atividades do devedor.

Além disso, a LRF ainda prevê, como medida de atendimento ao princípio da transparência, a anotação da expressão “em recuperação judicial” ao lado do nome empresarial do devedor em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor, como estabelece o art. 69 da Lei n. 11.101/2005.⁵³ Como o devedor em recuperação permanece, em princípio, na condução dos negócios da empresa (salvo destituição dos seus administradores, na forma do art. 64 da LRE), é necessário que o mercado tenha conhecimento de que aquela sociedade empresária se encontra em recuperação judicial para que os agentes econômicos tomem suas devidas precauções nos eventuais negócios travados.⁵⁴

É muito comum o pedido incidental – formulado por sociedades em recuperação judicial –, de suspensão de anotações de débitos ou protestos junto aos órgãos de proteção ao crédito e cartórios de protestos de títulos, sob o argumento de que tais informações inviabilizam o regular exercício das suas atividades. Não obstante e sob entendimento diverso, tal pretensão caminha no sentido oposto ao princípio da transparência. O Conselho da Justiça Federal (CJF), inclusive, formou o Enunciado 54, no sentido de que “o deferimento do processamento da recuperação judicial não enseja o cancelamento da negativação do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito e nos tabelionatos de protestos.”⁵⁵

Portanto, é mister que o processo de recuperação judicial seja conduzido com máxima transparência, seja para que os credores envolvidos possam analisar a proposta do PRJ

⁵² BRASIL, 2005, op. cit.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado 54**. Brasília, DF, [2013]. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/127>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

munidos de todas as informações possíveis, ou ainda para evitar o comprometimento de agentes econômicos externos que venham a travar contratos com o devedor, ignorando sua situação de crise.

2.3.4 Princípio da recuperação das empresas viáveis e liquidação das não viáveis

Na concepção do Direito Recuperacional brasileiro, este princípio surge como resultado do necessário exercício de sopesamento de princípios. Já fora comentado que o princípio da preservação da empresa não é absoluto, sendo que seu custo social não pode ser maior que os eventuais benefícios decorrentes do seu exercício. Em suma e de forma coloquial: não se pode gastar dez para ganhar apenas cinco.

Nesse viés é que a aplicação do princípio em tela corresponde, justamente, à exceção do princípio positivado no art. 47 da LRF, posto que apenas se admite a interferência estatal para a superação da crise em empresa que se mostra viável.⁵⁶ Lobo afirma que:

A empresa deve ser salva se há um relevante interesse público e social em sua conservação, cabendo ao Poder Público, através de mecanismos especiais de financiamentos e de políticas fiscais e de crédito, a tarefa de socorrer a empresa enferma.⁵⁷

Por outro lado, a inviabilidade da atividade demanda uma rápida atuação estatal no sentido de promover o encerramento da empresa, a arrecadação e a realização do ativo do falido, possibilitando sua maximização e otimização da repartição entre os credores. Assim, quanto mais rápido forem as medidas falimentares, menos custo social se verificará.

A análise primordial que o Direito Recuperacional enfrenta, nesse particular, refere-se à definição acerca da viabilidade da empresa. Tratando-se de questão afeta ao mérito do processo de recuperação, a jurisprudência tem entendido que a deliberação acerca da viabilidade da empresa cabe apenas aos credores, reunidos em assembleia geral e, ao Judiciário, cabe tão somente a realização do necessário controle de legalidade.⁵⁸

⁵⁶ BRASIL, 2005, op. cit.

⁵⁷ LOBO, op. cit., p. 231.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. 1660195/PR. Recorrente: Banco J. Safra S/A. Recorrido: Silva e Silva Construtora Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 abr. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1660195&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 mar. 2018.

O CJF formulou o Enunciado 46, o qual orienta que “não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.”⁵⁹

Não obstante a consolidação de tal entendimento, compartilhado inclusive pela doutrina, já se observam movimentos incipientes na atividade judiciária no sentido de verificar, antes mesmo da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial, a real situação do devedor para efeito de verificação das condições da ação.

Para tanto, alguns juízes têm se utilizado da perícia prévia à decisão prevista no art. 52 da LRF.⁶⁰ Se por um lado a medida vem gerando bastante polêmica por mitigar a legitimidade dos credores na análise econômica da viabilidade da empresa, por outro, tem mostrado bastante eficácia na triagem de pedidos que, verdadeiramente, buscam uma efetiva recuperação.⁶¹

Diante da disponibilidade legal da recuperação judicial, alguns empresários – cujas atividades já se encontram encerradas ou sem qualquer indicativo de chance de recuperação –, se lançam em verdadeiras aventuras na tentativa de postergarem uma inevitável falência, ou até como estratégia para a realização de alienações de ativos com base no permissivo do art. 66 da LRF (em verdadeira prática de ato de falência), sem que tenham que suportar as consequências daquele processo falimentar.

A benesse judicial para a recuperação, portanto, apenas se destina àquelas empresas que se mostrem viáveis a atender aos objetivos e à sua função social e, não sendo o caso, a falência é a única via restante.

⁵⁹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado 46**. Brasília, DF, [2015]. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/101>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁶⁰ BRASIL, 2005, op. cit.

⁶¹ Nesse sentido, em estudo específico acerca do tema, Gomes destaca que “temos então que da análise da lei podemos tirar duas evidentes e imediatas conclusões: 1-basta que a empresa que pleiteia a recuperação judicial faça a juntada de toda a documentação que o juiz deverá deferir seu processamento; 2-não cabe aqui qualquer outra análise por parte do juízo, mas apenas e tão somente a verificação de que se os documentos juntados estão corretos e respeitam o disposto no artigo 51; estando, deverá ele deferir o processamento, o que gerará todos os efeitos seguintes (como, por exemplo, a suspensão das dívidas concursais.”

GOMES, Bruno Yohan Souza. **Ativismo judicial no processo de recuperação judicial: uma nova concordata?**. 2017. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18400/Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 55.

2.3.5 Princípio da proteção aos trabalhadores

A preocupação do legislador infraconstitucional com os trabalhadores de empresas em recuperação judicial é evidenciada em diversas passagens do texto normativo. De logo, observa-se o caráter principiológico da proteção à luz do teor do art. 47 da LRF:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, **do emprego dos trabalhadores** e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica – destacou-se.⁶²

Em termos práticos, essa proteção se observa nas seguintes regras do processo recuperacional:

a) os credores trabalhistas constituem uma classe de credores cujo voto é apurado, para fins de deliberações assembleares, de modo unitário, independentemente do valor de cada crédito (art. 45, §2º). Isso possibilita que os interesses da maioria dos credores trabalhistas não sejam comprometidos por minorias de créditos relevantes;

b) os credores trabalhistas eventualmente retardatários não ficam impedidos de votar na Assembleia Geral de Credores (AGC), conforme o art. 10, §1º;

c) os créditos trabalhistas devem ser pagos no prazo máximo de um ano contados da homologação do PRJ (art. 54, caput), e;

d) os créditos estritamente salariais – vencidos nos três meses que antecederam o pedido de recuperação judicial –, devem ser pagos, com limitação de cinco salários mínimos, no prazo de 30 dias contados da homologação do PRJ (art. 54, parágrafo único).⁶³

2.3.6 Princípio da participação ativa dos credores

São os credores, ao final, os “juízes” da recuperação judicial e, ressalvadas eventuais nulidades por abuso de direito de voto, será a vontade dos credores que definirá se a empresa em crise poderá se recuperar ou se seguirá a via da liquidação falimentar.

Pela relevância que ganhou no processo de recuperação judicial, inclusive registrada no art. 47 da LRF como parte dos objetivos do instituto, a participação dos credores é vivamente percebida desde a previsão de constituição de comitê para fiscalização das

⁶² BRASIL, 2005, op. cit., grifo nosso.

⁶³ Ibid.

atividades do devedor, até as diversas ferramentas decisórias e de defesa de crédito previstas na legislação recuperacional.⁶⁴

Nesse sentido, ressalvadas eventuais ilegalidades tratadas pelo juiz, a sorte do devedor em recuperação judicial é definida pela autonomia da vontade coletiva dos credores reunidos em assembleia geral. São os credores que irão decidir se a empresa recuperanda possui viabilidade econômica necessária para se recuperar e se a proposta de pagamento dos créditos, lançada no PRJ, atende aos seus interesses.

2.4 O PAR CONDITIO CREDITORUM

Féres afirma que o “[...] princípio do tratamento paritário dos credores, também conhecido por princípio da par conditio creditorum” representa um dos pilares de sustentação do processo falimentar, garantindo não somente o atendimento ao interesse dos credores – um dos objetivos da LRF –, como, sobretudo, a aplicação da justiça.⁶⁵

Muito embora inexista uma regra específica de aplicação do referido princípio, a maioria da jurisprudência brasileira vem entendendo pela sua incidência, a fim de garantir um tratamento isonômico entre credores da mesma classe, como se observa no julgamento do Conflito de Competência (CC) n. 68.173/SP.⁶⁶

Evidente que, tratando-se de uma negociação coletiva, não é razoável entender pela necessidade de acolhimento unânime da proposta de acordo formulada pelo devedor, daí porque a LRF previu a adoção de quórum específico para a aprovação do PRJ, observadas as especificidades de cada classe votante, como disciplina o art. 45 da LRF.⁶⁷

Nesse cenário, e diante da necessidade de o devedor angariar o máximo de votos favoráveis em todas as classes, distorções e desigualdades poderiam surgir a partir do

⁶⁴ BRASIL, 2005, op. cit.

⁶⁵ FÉRES, Marcelo Andrade. Da constitucionalidade dos condicionamentos impostos pela Nova Lei de Falências ao privilégio dos créditos trabalhistas. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 7, n. 74, p. 01-07, ago./set. 2005. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/422/415>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 5.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conflito de Competência n. 68.173/SP. Autor: Agri Tillage do Brasil Indústria e Comércio de Máquinas e Implementos Agrícolas Ltda. Suscitado: Juízo da Vara do Trabalho de Matão, São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=68173&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁶⁷ BRASIL, 2005, op. cit.

favorecimento de credores relevantes em prejuízo daqueles que fossem titulares de créditos de menor magnitude.

Para evitar tal desequilíbrio é que o Direito Recuperacional é pautado na vigilância do atendimento do *par conditio creditorum*, verdadeira aplicação do princípio da isonomia entre credores da mesma classe.

No processo de recuperação judicial PRJ, o referido princípio não pretende alocar o mesmo tratamento – de forma linear –, a todos os créditos. A própria legislação recuperacional excepciona a sujeição, ao plano de recuperação, de diversos créditos, colocando-os em patamar privilegiado frente àqueles considerados sujeitos ao plano, como previsto no art. 49 da Lei em comento.⁶⁸

Por outro lado, é possível que, dentre os credores sujeitos ao plano, o tratamento para fins de pagamento dos créditos seja desigual, sem que tal medida enseje, necessariamente, numa violação ao *par conditio creditorum*.

O que se almeja alcançar, ante a observância de tal princípio, é o atingimento da igualdade material entre os credores para o cumprimento dos objetivos traçados no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, dentre a finalidade da recuperação judicial.⁶⁹

Nesse sentido, Alexy concebe uma importante diferenciação entre igualdade material e igualdade formal, destacando que a igualdade material ou fática – cujo conceito é particularmente aberto a uma diversidade de interpretações –, informa um princípio que deve ser interpretado como a norma que, embora não seja exigível judicialmente, vincula o legislador à medida que estabelece uma conexão com direitos subjetivos; enquanto a igualdade formal ou jurídica é um valor em si mesmo e deve ser observada sempre em que houver duas situações iguais em todos os aspectos, sendo, assim, mais simples e segura sua aplicação em relação à igualdade fática.⁷⁰

A igualdade material é que fundamenta, por exemplo, a diferenciação de tratamento legal no pagamento de credores trabalhistas frente aos demais sujeitos ao plano de recuperação. Essa igualdade deve não apenas buscar proteger os interesses dos credores, como também servir de ferramenta de alcance dos objetivos recuperacionais.

Por essa razão é que, malgrado a LRF preveja a divisão de credores em quatro classes – para fins de votação do PRJ –, não é necessário que haja idêntico tratamento entre os

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ ALEXY, 2015, passim.

componentes de cada classe, para fins de pagamento de créditos, como regra fechada de cumprimento do *par conditio creditorum*.

Diferentemente da falência – em que há regra expressa para pagamento de credores em suas respectivas classes –, o processo de recuperação judicial possibilita que o devedor proponha, em seu plano de recuperação, a divisão de credores em classes distintas daquela prevista para fins de votação, desde que a classificação sugerida atenda aos objetivos do instituto e não patrocine distorções em prejuízo de credores. Coelho é preciso ao explicar que:

[...] o tratamento paritário de credores viabiliza-se por meio da distribuição destes em classes, relevantes para fins de pagamento. Os critérios para essa distribuição devem ser justificáveis segundo as finalidades da medida judicial. No caso da falência, a própria lei encarregou-se de fixar a ordem de classificação dos credores (LF, art.83), porque o objetivo é a execução concursal do patrimônio do falido. De outro lado, na recuperação judicial, assim como a lei deixa em aberto os meios de reorganização da empresa (art. 50) também deixa, à decisão dos diretamente envolvidos o critério de classificação dos credores, para fins de pagamento. [...] Para atender ao princípio do tratamento paritário dos credores, o critério de distribuição destes em classes para fins de pagamento, no bojo do Plano de Recuperação, deve justificar-se em vistas das finalidades da medida de recuperação judicial.⁷¹

Não se pode, contudo, apoiar-se nessa teoria para privilegiar certos credores ao classificá-los, no PRJ, em razão do seu endereço, da idade ou do volume do seu crédito, por exemplo. Estratégias como esta violariam o *par conditio creditorum* e estariam sujeitas ao reconhecimento de nulidade pelo Poder Judiciário. Fábio Ulhoa Coelho acrescenta que “essas diferenciações não são justificáveis (e, portanto, afrontam os princípios da igualdade e do tratamento paritário dos credores) exatamente por não terem absolutamente nenhuma relevância para a realização das finalidades da recuperação judicial.”⁷²

Por outro lado, para fins de pagamento, a diferenciação entre credores colaboradores e não colaboradores, ou entre fornecedores estratégicos e fornecedores não estratégicos, atinge o binômio do elemento discriminador-finalidade da norma, não se verificando qualquer violação ao *par conditio creditorum*.

É importante destacar que, embora votem na classe definida pela lei – I, II, III ou IV –, credores podem receber tratamento distinto na forma da organização classificatória do plano, observadas a relevância e a importância da desigualdade aplicadas para o alcance da

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. O credor colaborador na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco (Coords.). **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p. 103-118. p. 111.

⁷² COELHO, loc. cit.

finalidade da recuperação, notadamente à função estratégica do credor na recuperação proposta.

3 CAPÍTULO 2 – OS MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E PARTICIPAÇÃO DOS CREDORES SUJEITOS AO PLANO

Para cada patologia existente, deve-se ministrar o remédio adequado. É a partir do enraizamento dessa premissa que os atores do processo de recuperação judicial devem conceber as medidas necessárias à superação da crise, materializando-as no PRJ.

Já afirmava Campinho que a recuperação judicial tem a natureza jurídica de um “contrato judicial com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implantação.”⁷³

E é justamente em prol do alcance dos objetivos do processo recuperacional que a lei exige, como condição para concessão judicial da recuperação, a aprovação de um plano apresentado pelo devedor com conseqüente novação das obrigações eventualmente submetidas ao procedimento.

Para Lobo, a concepção do PRJ como instrumento para o alcance da recuperação da empresa, previsto no art. 53 da LRF, teve forte influência do art. 11 da lei falimentar norte-americana.⁷⁴ Entendida por Coelho como a “mais importante peça do processo de recuperação judicial”, o plano de recuperação não deve se limitar à proposta de pagamento aos credores, mas, igualmente, deve apresentar o estudo de viabilidade econômico-financeiro da empresa atingida pela crise, de modo a tentar convencê-los de que a solução recuperacional é a mais adequada.⁷⁵

E mais, o plano que o devedor deverá apresentar deve demonstrar não apenas a viabilidade da empresa, como também a sua própria. É preciso demonstrar que as medidas propostas no plano podem ser implementadas a partir de ações concretas e tangíveis, evitando-se que o mercado patrocine uma “segunda chance” ao empresário devedor com fundamento em mero exercício de fé.

Não são raras as ocorrências de aprovações de planos frágeis e sem o mínimo substrato concretizador a partir da esperança dos credores de que, de alguma maneira, “seu crédito” será satisfeito; ou o desespero do devedor em se comprometer com obrigações que

⁷³ CAMPINHO, op. cit., p. 13.

⁷⁴ LOBO, 2016, passim.

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 165.

sabe não poder assumir para garantir a aprovação desejada. Geralmente, o plano é descumprido por total impossibilidade de o devedor honrar as obrigações novadas, dando causa à convalidação da recuperação judicial em falência ou, como vem sendo a praxe, na apresentação de infundáveis aditivos para novas deliberações.

Em resumo, a proposta de superação da crise, consubstanciada no plano de recuperação, deve identificar as causas da crise, as medidas de gestão adequadas a combatê-las e a forma pela qual irá atender aos créditos habilitados. A decorrência da aceitação da proposta, pelos credores, é a novação de todas as obrigações a si sujeitas, incluindo os créditos cujos titulares são credores que votaram negativamente à aprovação daquele plano.

Assim sendo, Oliveira Filho e Moreira destacam que aquele credor que rejeitou a proposta do devedor e, por essa razão, votou contra a aprovação do plano de recuperação, certamente terá seus créditos novados na forma e sob as condições previstas no instrumento.⁷⁶

3.1 NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A imposição do PRJ aos credores que o rejeitaram e, portanto, votaram contra sua aprovação, pode sugerir alguma dúvida acerca da natureza jurídica do referido instrumento. Certo é que, desde que aprovado pelo quórum previsto em lei e judicialmente homologado, a eficácia do plano de recuperação supera a autonomia privada de quem escolheu não aderir às suas cláusulas.

Nesse particular, a doutrina desenvolveu algumas teorias contratualistas com o propósito de explicar a natureza jurídica dos PRJs, sendo que Rodrigues destaca a “teoria da vontade forçada” a partir da legitimação da vontade da maioria sobre a minoria; a “teoria da vontade presumida”, pela qual haveria a presunção de aderência dos credores dissidentes a partir da verificação da aprovação por um quórum assemblear; e ainda a “teoria da representação da minoria pela maioria”, fundada no pressuposto de que a minoria outorga mandato para que a maioria decida.⁷⁷

⁷⁶ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 7., 2017, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 4-23. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/ichijnb6/5x3d2UKN2dpsGr63.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁷⁷ RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. O plano de recuperação judicial como forma de liquidação da empresa em contraposição ao pedido de autofalência. **publicaDireito**, [S.l.], [entre 2012 e 2016]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aab085461de18260>>. Acesso em: 24 out. 2016.

Por outro lado, teorias processualistas apresentam um contraponto às contratuálistas, basicamente fundadas na concepção de que, por demandar uma homologação judicial, a recuperação judicial é concebida como um “favor legal”, mormente em face da possibilidade do *cram down*.⁷⁸

Doutrinadores como Restiffe e Campos Filho entendem que a novação das obrigações – a partir da homologação do PRJ –, consiste em resultado da prestação jurisdicional, dado que uma pretensão foi posta em juízo. Alinham-se, portanto, à teoria processualista na explicação da natureza jurídica dos planos de recuperação judicial.⁷⁹

Lobo concebe a recuperação judicial como um ato complexo, à medida que abrange um ato coletivo processual – vontades do devedor e de seus credores fundem-se em uma só, formando uma vontade unitária –, um favor legal – à medida que existe uma garantia legal, desde que preenchidos alguns requisitos, de saneamento do estado de crise –, e uma obrigação *ex lege* – uma vez que a homologação judicial promove a novação de todos os créditos submetidos.⁸⁰

Malgrado a gama de entendimentos doutrinários a respeito da natureza jurídica dos PRJs, o alinhamento desta dissertação se aproxima daquele defendido por Campinho no sentido de concebê-lo como um verdadeiro contrato coletivo, com consequências novativas.⁸¹ No mesmo sentido, Ayoub e Cavalli destacam que:

A disciplina da recuperação judicial de empresa resgata o quanto ficou escondido no sentido etimológico da palavra concordata. Daí por que se entrevê na atual disciplina da recuperação judicial um retorno ao sistema negocial, como se ocorresse uma *renegociação* do instituto. Fala-se em natureza contratual ou negocial da recuperação judicial.⁸²

Kalil ainda evidencia a dissociação entre o favor legal da concordata e a natureza contratual do instituto da recuperação judicial, materializada em seu plano:

⁷⁸ BRASIL, 2005, op. cit.

⁷⁹ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.02.2005. Barueri: Manole, 2008.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁸⁰ LOBO, 2016, passim.

⁸¹ CAMPINHO, 2010, passim.

⁸² AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 261, grifo do autor.

Abandonada a ideia de uma recuperação empresarial fundada em um favor legal concedido pelo Estado em empresário em crise, independentemente da anuência dos credores deste, o foco agora se volta para o contrato, alçado à condição de elemento-chave do *turn around* do devedor em vias de insolvência.⁸³

Oliveira Filho e Moreira afirmam que o princípio da solidariedade e da ordem econômica – positivados nos arts. 3º e 170 do Texto Constitucional e que respaldam o princípio de preservação da empresa –, permitem concluir que o PRJ é um instrumento contratual decorrente da livre manifestação coletiva das partes. Assim, observado certo quórum legal, verifica-se a novação legal das obrigações com a finalidade de promoção da preservação da atividade empresarial.⁸⁴

Ao solidarizar o custo da recuperação judicial entre os atores do processo, a lei estabeleceu a necessidade de o devedor criar, juntamente com seus credores, a solução para a superação da crise a partir da aprovação do plano de recuperação, em exercício de partilha de risco e resultado. A vinculação de todos os credores sujeitos, por sua vez, é regra que se alinha ao próprio princípio da preservação da empresa à medida que, se assim não o fosse, dificilmente um plano lograria ser aprovado em uma recuperação judicial.

Imagina-se a hipótese de o credor insatisfeito com o PRJ resolvesse não o aderir, obrigando o devedor a lhe pagar, à vista, a integralidade do seu crédito, nos moldes da antiga concordata. Seguramente, pouquíssimos credores aceitariam a novação oferecida, daí porque a vinculação da coletividade é uma medida necessária e se coaduna com o espírito da recuperação judicial de empresas.

A legitimação contratual dos credores, por sua vez, é conferida à assembleia-geral, como se o referido órgão fosse o verdadeiro ente contratante do plano. Seguindo essa linha, Mandel entende que “é a AGC quem expressa a vontade coletiva dos credores. Uma vez respeitado o formalismo de sua convocação, forma-se o coletivo, e com este coletivo é com quem o devedor contrata [...]”⁸⁵ Assim, sopesa-se o fato de que a necessária homologação judicial do acordo não descaracteriza a real natureza contratual do plano de recuperação, mas apenas confere juridicidade ao documento, conferindo-lhe a qualidade de título executivo judicial.

⁸³ KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. A homologação judicial do plano de recuperação: entre o controle de legalidade e o respeito à liberdade contratual. **Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE)**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 73-97, jan./jun. 2013. p. 80.

⁸⁴ OLIVEIRA FILHO; MOREIRA, 2017, *passim*.

⁸⁵ MANDEL, Julio Kahan. Da alteração do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (Eds.). **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p. 195-212. p. 207.

3.2 IMPOSIÇÕES E LIMITAÇÕES AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como espécie de contrato, o PRJ deverá ser construído pelos interessados –devedor e credores, estes últimos compreendidos como uma coletividade homogênea para fins de legitimação –, a partir do alicerce fundado na liberdade contratual e na autonomia privada. Ressalvada a hipótese do *cram dawn*, somente haverá PRJ se as partes envolvidas assim desejarem. De outro modo, a recuperação judicial seguirá convolada em falência e dar-se-á início à execução concursal.

Somente a livre manifestação de vontade do devedor – apoiada nas propostas formuladas no plano –, e dos credores – que a exercem, mediante voto em assembleia –, legitima a formação do ajuste recuperacional. E não se pode impor, a pretexto do atendimento ao princípio da preservação da empresa, que determinado credor vote de uma forma ou de outra. A rejeição do plano, pelo voto do credor, é ato previsto no jogo recuperacional e deve ser respeitada, salvas as hipóteses de exceção legal e de nulidades decorrentes de vícios de consentimento.

Como bem ressalta Kalil, “na apreciação do plano de recuperação, a postura do credor, de fato, é ‘egoísta’, mas não por isso ilegítima, pois, assim como o devedor, ele age de acordo com a regra geral dos contratos bilaterais [...]”.⁸⁶

Não é porque a tônica da formação do plano de recuperação é o exercício da autonomia contratual que se entenderá pela ausência de limitações ou pela irrestrita liberdade de contratar. Mesmo nos contratos bilaterais formados ao albergue da legislação adjetiva civil, a observância de limites atinentes à ordem pública é imperativa, à exemplo dos princípios da boa-fé objetiva – como destacado por Martins-Costa⁸⁷ –, e da função social dos contratos, como indicado por Borges em sua obra.⁸⁸

⁸⁶ KALIL, op. cit., p. 82.

⁸⁷ Referindo-se à boa-fé objetiva aplicada em processo judicial julgado pela Corte de Cassação Italiana envolvendo contrato de agência, Martins-Costa destacou: “importa bem atentar a esta decisão, porquanto aí se perspectiva a potencialidade da boa-fé objetiva para atuar não como um vago cânone de ordem ética, um *standard* de cunho moral impreciso e incerto, mas como *verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato*.”

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 418, grifo do autor.

⁸⁸ Borges afirma que “[...] a função sócio-econômica do contrato reside na sua utilidade em relação à obtenção desta satisfação. Quando o contrato não permite esta satisfação, servindo para outro fim, como o alcance dos interesses de apenas uma das partes, prejudicando a outra, o pacto não cumpre sua função social considerada justificativa jurídica para sua tutela pelo ordenamento.”

Nos PRJs, a concepção não pode ser diferente. Malgrado o próprio arcabouço principiológico constitucional, a busca pelo atendimento à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como discutido por Sarmiento⁸⁹ –, e as regras da teoria geral dos contratos já apresentem limitações gerais à liberdade de contratar, a própria LRF positivou diversas regras limitadoras ao conteúdo do PRJ.

3.2.1 Limites gerais

Como espécie contratual, o plano de recuperação não é totalmente livre para dispor acerca de comportamentos a partir do irrestrito exercício da autonomia privada. Não se pode olvidar de que o PRJ é uma ferramenta de alcance do objetivo da recuperação, sendo esta sua verdadeira função social.

Na concordata, os meios empregados pelo concordatário para o equacionamento de sua crise se limitavam àqueles taxativamente previstos no art. 156, §1º do Decreto-Lei n. 7.661, fundado no pressuposto da construção de uma promessa de pagamento aos credores. A natureza de um “favor legal” da concordata impunha ao devedor o ônus de seguir a “cartilha” da lei como único modo de sobrevivência.⁹⁰

Na recuperação judicial, a liberdade de contratar é o fundamento principal dos planos. Ayoub e Cavalli⁹¹ reforçam que essa liberdade não se limita às questões de direito material – haja a vista a natureza exemplificativa dos meios de recuperação judicial previstos no art. 50 da Lei n. 11.101/2005 –, mas, sobretudo, de direito processual, ainda mais diante dos novos negócios jurídicos processuais admitidos na legislação processual brasileira.⁹²

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: do clássico ao contemporâneo – a re-construção do conceito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, n. 13, p. 29-50, 2006. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/263431081/Contrato-Do-Classico-Ao-Contemporaneo-A-Reconstrucao-Do-Conceito>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 31.

⁸⁹ A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas ainda é tema de dissenso doutrinário e jurisprudencial, inclusive em tribunais estrangeiros. Adotando posição cautelosa em face das correntes da eficácia direta e indireta, Sarmiento conclui: “nota-se, entretanto, uma nítida tendência para o abandono, ao longo do tempo, das posições radicais, que negam qual quer espécie de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou que sustentam que o regime de sujeição dos atores privados a estes direitos é equivalente ao dos estados.” SARMENTO, op. cit., p. 256.

SARMENTO, op. cit., p. 256.

⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 31 jul. 1945. Revogada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁹¹ AYOUB; CAVALLI, op. cit., p. 232.

⁹² BRASIL, 2005, op. cit.

Mas essa liberdade contratual não outorga, à AGC, uma soberania para tudo poder. Ayoub e Cavalli acrescentam que “a negociação entre empresa devedora e seus credores submete-se aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral”: capacidade das partes, licitude do objeto e atendimento da forma prescrita em lei.⁹³

A nova perspectiva do Direito Privado brasileiro, em tempos de publicização, tem demandado algo mais que simplesmente os tradicionais requisitos de validade dos contratos. Na recuperação judicial, a busca do objetivo é um alvo a ser perseguido por todos os envolvidos, sendo que o eventual ajuste contratual que se afaste desse propósito poderá pôr em dúvida a sua validade.

Fala-se, portanto, no atendimento da função social do PRJ, que deve ser construído por credores e devedor a partir de livres ajustes das partes com um propósito definido: deve possibilitar, de forma primária, a recuperação da empresa.

Assim é que o eventual PRJ que, a despeito de atender à maioria dos credores, apresenta propósitos flagrantemente ilícitos ou alheios aos objetivos da própria recuperação, poderá não ser homologado ou, caso seja, há a possibilidade de ser anulado por tribunais superiores.

Em uma recuperação judicial que tramitou na comarca de São José dos Pinhais, estado do Paraná (PR), o juiz negou a homologação do PRJ em razão de que este previa a alienação de todo o ativo imobilizado da recuperanda para fazer face aos pagamentos dos credores. Embora tenha ganho ampla aceitação dos credores – e não se imaginaria ser diferente –, o magistrado concluiu que as tratativas formadas na AGC visavam utilizar de uma verdadeira falência transvertida em recuperação judicial.⁹⁴

Oliveira Filho e Moreira discutem que o atendimento à função social do PRJ induz à intrínseca observância ao princípio da boa-fé objetiva, compreendida como “o dever de lealdade e de manutenção de um comportamento honesto nas diversas fases de um negócio, com o intuito de promover justiça contratual.”⁹⁵ E esse dever, calcado na ética, possui três

⁹³ AYOUB; CAVALLI, op. cit., p. 267.

⁹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Processo n. 0010048-77.2009.8.16.0035**. Autores: Laminit Ltda.; Lã, Minas e Compensados; Madescan Export Ltda.; SWI Participações Societárias Ltda.; Novopiso S/A Engenharia de Revestimentos. São José dos Pinhais, 24 nov. 2010. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/numeracao-unica-de-processos>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁹⁵ OLIVEIRA FILHO; MOREIRA, op. cit., p. 15.

funções, na assunção de Schreiber: a) restritiva, ou limitativa do exercício da autonomia privada; b) impositiva, ou criadora de deveres; c) interpretativa dos contratos.⁹⁶

No exercício da função restritiva, a boa-fé objetiva impede que o exercício de direitos culmine por contrariar a recíproca lealdade que se espera nas relações privadas. Em se tratando da formação de plano de recuperação, essa lealdade não diz respeito apenas aos credores e devedor, mas a toda a sociedade que, de certa forma, assume parte do custo da recuperação por meio da ajuda estatal.

Assim, comportamentos aparentemente lícitos na formação do plano de recuperação, mas que frustrem uma legítima expectativa social ou econômica, ou que cometam desvio de finalidade do instituto, violam o princípio da boa-fé objetiva.

A segunda função da cláusula geral da boa-fé é aquela que cria deveres implícitos às partes, sendo que deveres de informação, de segurança, de sigilo e de colaboração para o integral cumprimento dos fins contratuais são resultado da aplicação da boa-fé objetiva. Embora não estejam taxativamente consignados no plano de recuperação, tais deveres devem estar sempre na mira das partes, e o eventual descumprimento pode dar ensejo à intervenção judicial para adequar o equilíbrio do contrato e, nos casos mais graves, declarar a nulidade do trato.

Schreiber continua e afirma que a boa-fé objetiva concebe o dever hermenêutico, exigindo que a “interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme a lealdade e à honestidade entre as partes.”⁹⁷

PRJs também não podem tratar de assuntos afetos à normas de natureza cogente, de ordem pública ou de natureza constitucional. Não se pode querer, por ajuste de uma soberania mitigada da AGC, alterar alíquotas tributárias do devedor, assim como dispensá-lo de participar de licitações públicas para contratação administrativa ou, ainda, dispensá-lo da obtenção de licenças necessárias para exercer sua atividade. Ou seja, disposições ilegais ou inconstitucionais não podem prevalecer, mesmo que construídas a partir do exercício da autonomia privada dos agentes recuperacionais.

Seguindo esse entendimento é que a própria LRF impõe observância às legislações pertinentes a cada caso, referindo-se aos atos previstos como meios de recuperação. O art. 50 da LRF elenca um rol exemplificativo de meios de recuperação, mas pontua que a adoção de

⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 89.

qualquer uma das medidas deve observar as disposições das respectivas legislações, limitação extensiva àquelas não expressamente previstas no rol, mas possíveis de serem adotadas.⁹⁸

Um PRJ que contenha cláusula prevendo uma cisão ou incorporação, por exemplo, deve observar as disposições aplicáveis previstas na legislação societária, sendo vedado à AGC criar novas regras que contrariem aquelas positivadas na norma específica.

Assim ocorre com disposições de plano que tratem de redução de salários – sendo necessária a observância à legislação trabalhista e aos acordos coletivos –, de fusões que impactem o mercado – observância à legislação concorrencial e possível regulação por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) –, dentre tantas outras medidas que possuem regulamentação própria.⁹⁹ Em resumo, o plano não pode contrariar regras ou princípios constitucionais e nem leis infraconstitucionais, notadamente quando tais revelam interesse público.

3.2.2 Limites específicos

Em seu art. 53, a LRF determina que o plano deverá indicar, pormenorizadamente, os meios de recuperação a serem empregados e demonstrar sua própria viabilidade econômica. Deverá, ainda, conter laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.¹⁰⁰ Além das regras gerais de formação do PRJ apresentadas na seção anterior, a própria LRF estabeleceu alguns deveres impositivos e restritivos para as partes contratantes.

3.2.2.1 Limites para pagamento dos créditos trabalhistas

O primeiro limite específico ao PRJ veio positivado no art. 54 da LRF, que encerra a previsão de que o plano não poderá propor período superior a um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial. Também não é possível a estipulação de prazo superior a 30 dias para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial, até o limite

⁹⁸ BRASIL, 2005, op. cit.

⁹⁹ AYOUB; CAVALLI, op. cit., p. 233.

¹⁰⁰ BRASIL, 2005, op. cit.

de cinco salários mínimos por trabalhador, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.¹⁰¹

O crédito de natureza trabalhista estará sujeito ao plano de recuperação e, sendo assim, suportará sua parcela de ônus para possibilitar a preservação da empresa. Assim é que o legislador recuperacional, acertadamente, não engessou o procedimento ao determinar que o referido crédito fosse honrado com preferência a qualquer outro ou, ainda, impondo liquidação integral do montante habilitado, dada sua natural posição de crédito privilegiado.

Bezerra Filho destaca que o plano de recuperação é livre para tratar o crédito trabalhista até o limite em que a lei não lhe proíba. Credores e devedor, por exemplo, poderão contratar a obrigação do pagamento dos referidos créditos ao final, após todos os demais habilitados; poderão, ainda, dispor de eventual *hair cut*, pagamento por meio de leilão reverso, dação em pagamento ou outras tantas possibilidades. A criatividade das partes envolvidas na formulação do plano deve ser respeitada e até incentivada, desde que os dispositivos não contrariem as limitações impostas pela lei.¹⁰²

Seja qual for o acordo reduzido em cláusula contratual no plano de recuperação, os créditos de natureza trabalhista não poderão ser pagos em prazo superior a um ano e as verbas salariais – dos últimos três meses –, devem ser pagas no prazo de 30 dias, no limite máximo de cinco salários mínimos.

Embora a LRF tenha silenciado quanto ao termo inicial dos prazos previstos no art. 54, coaduna-se ao pensamento de Campinho no sentido de que somente após a homologação judicial do plano, e a consequente concessão da recuperação judicial, suas disposições se tornam exigíveis, incluindo aí a fluência dos prazos de pagamento.¹⁰³

Com efeito, até a efetiva concessão da recuperação judicial, as disposições do PRJ ficarão sob condição suspensiva e qualquer pagamento a credores antes da confirmação de que o devedor realmente trilhará os caminhos da recuperação violará o *par conditio creditorum*.

Em prevalecendo a posição dos que defendem que o termo *a quo* dos prazos previstos no art. 54 da LRF coincide com a data do pedido da recuperação judicial, da apresentação do plano nos autos ou, ainda, da aprovação do mesmo em AGC, estar-se-ia antecipando pagamentos a credores em feito cujo plano pode ou não ser aceito (sujeito a condição futura) e

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² BEZERRA FILHO, 2014, passim.

¹⁰³ CAMPINHO, 2010, passim.

cuja possível convalidação em falência prejudicaria os novos credores da mesma classe, nascidos entre o pedido de recuperação e a decretação da falência, como discutem Souza, Bezerra Filho e Sztajn.¹⁰⁴

Na hipótese de a recuperação judicial ser convalidada em falência – seja pela não apresentação do plano no prazo de 60 dias, seja pela rejeição do plano em AGC, ou ainda pelo seu descumprimento após homologado –, credores trabalhistas habilitados no âmbito da recuperação teriam seus créditos satisfeitos, enquanto os credores trabalhistas nascidos no curso da recuperação estariam fadados a suportarem o peso de uma execução concursal, com limitação de recebimento prioritário de seus créditos em 150 salários mínimos.

3.2.2.2 *Limites de substituição ou supressão de garantia real*

A vontade presumida dos credores – outorgada em AGC –, poderá dispor acerca dos créditos habilitados no PRJ, seja reduzindo valores, seja majorando prazos, ou ainda alterando a forma de pagamento, dentre outras medidas adotadas como meios de recuperação.

Contudo, o que a AGC não pode é dispor acerca da garantia real de credor. Nessa hipótese, o legislador infraconstitucional impôs a expressa anuência do credor atingido pela proposta como condicionante à eventual substituição ou supressão da garantia real – conforme a Súmula 61 do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)¹⁰⁵ –, imposição prevista no §1º do art. 50 da LRF: “na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.”¹⁰⁶

Em se tratando de garantias pignoratícias¹⁰⁷, houve a proibição das garantias reais e existe uma razão para tal. Ao se substituir ou suprimir uma garantia real, o credor poderá ser

¹⁰⁴ SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A nova lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no Direito e no processo do trabalho**. Rio de Janeiro: LTr, 2006.

BEZERRA FILHO, 2014, passim.

SZTAJN, Rachel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: RT, 2005.

¹⁰⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). Súmula n. 61. Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular. In: _____. **Súmulas**. São Paulo, 06 dez. 2010, p. 7. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasDoTribunalDeJusticaDoEstadoDeSaoPaulo.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁰⁶ BRASIL, 2005, op. cit.

¹⁰⁷ O §5º do artigo 49 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 prevê: “tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não

severamente atingido na ordem de prelação de uma eventual falência. Desse modo, deixar ao alvedrio do devedor e da maioria dos credores a possibilidade de penalizar um determinado credor garantido esbarra no *par conditio creditorum*.

É importante chamar a atenção de que essa vedação ao PRJ, contida no §1º do art. 50 da LRF, não impede a alienação do bem gravado, à exceção daqueles gravados em hipotecas cedulares, que não prescindem da expressa anuência do credor para legitimarem o ato de venda.¹⁰⁸

Ayoub e Cavalli esclarecem que “se o plano contiver previsão de alienação de bem gravado, o gravame acompanhará o bem, e o novo proprietário adquirirá um bem onerado.”¹⁰⁹ Essa possibilidade ainda é garantida pela previsão do art. 1.475 do CC/2002, de modo que o credor não perderá sua qualidade de preferencial em eventual falência e poderá exercer seu direito de seqüela contra o bem gravado, independentemente de quem seja o atual titular.

Contudo, muitos PRJs se apoiam no alicerce alienatório de bem ou bens relevantes do ativo immobilizado do devedor, por vezes onerados por garantia real. Essa situação causa um difícil impasse para os agentes recuperacionais, posto que a superação da crise depende da venda de um bem que garante crédito habilitado, ou seja, toda a recuperação fica à mercê da livre aquiescência de um único credor. Se, por um lado, a circunstância decorre das regras do jogo, por outro, revela um desequilíbrio irrazoável em condicionar o alcance da preservação da atividade empresarial à conveniência de um único credor.

renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.”

BRASIL, 2005, op. cit.

¹⁰⁸ Nesse sentido, o STJ publicou informativo de Jurisprudência n. 0506, de 04 a 17 de outubro de 2012, com a seguinte orientação: “o registro no cartório de imóveis da promessa de compra e venda de imóvel hipotecado por meio de cédula de crédito rural exige a prévia anuência por escrito do credor hipotecário. A hipoteca de imóvel, tratada nos arts. 809 a 851 do CC/1916 e atualmente nos arts. 1.473 a 1.505 do CC/2002, não impede a alienação do bem, que é acompanhado pelo ônus real em todas as suas alienações, considerando o direito de seqüela. Porém, em se tratando de hipoteca cedular, o art. 59 do Dec.-lei n. 167/1967 dispõe que “a venda dos bens apenados ou hipotecados pela cédula de crédito rural depende de prévia anuência do credor, por escrito”. Trata-se de norma específica que se destina a disciplinar o financiamento concedido para o implemento de atividade rural e, como tal, prevalece sobre a regra de caráter geral prevista no CC. Dessa forma, como no direito brasileiro apenas mediante o registro no cartório de imóveis da promessa de compra e venda celebrada com cláusula de irrevogabilidade e irretroatividade é que o comprador adquire direito real sobre o imóvel (CC/2002, art. 1.417; Lei n. 4.591/1964, art. 32, § 2º), tal providência não pode ser tomada enquanto não houver a anuência dos credores hipotecários, nos específicos termos do art. 59 do Dec.-lei n. 167/1967. Precedentes citados: REsp 1.291.923-PR, DJe 7/12/2011; AgRg no REsp 1.075.094-MG, DJe 28/2/2011; REsp 835.431-RS, DJe 1º/4/2009. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Informativo de Jurisprudência n. 0506**. Brasília, DF, 04 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0506.rtf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁰⁹ AYOUB; CAVALLI, op. cit., p. 240.

Para isso, a doutrina já vem aceitando a figura do credor colaborador ou colaborativo, entendido por Coelho como aquele “agente econômico que se dispõe a ajudar, a despeito de seus interesses imediatos, o devedor em dificuldades.”¹¹⁰ Dentre as diversas colaborações possíveis, poderá o credor conceder um novo crédito ao devedor ou, como bem reforça Coelho, “liberar a garantia [real], ou aceitar sua substituição por outra de menor alcance, com vistas a possibilitar alguma liquidez ao devedor com dificuldades financeiras.”¹¹¹

Malgrado a contemplação da possibilidade de colaboração do credor, não se pode imaginar que seu altruísmo seja tal a ponto de apenas desejar a superação da crise daquele devedor. As estratégias de defesa de crédito – construídas pelos credores –, podem considerar a colaboração, não sem a esperada obtenção de correspondente e vantajosa contrapartida, a qual dificilmente teria se mantivesse na vala comum dos demais credores daquela classe.

O temor de majoração do prejuízo do credor a partir de uma possível colaboração do devedor afasta, sobejamente, as possibilidades de nova injeção de fôlego à recuperanda. Dias destaca que, como não há um adequado ambiente na legislação brasileira para o pleno desenvolvimento do *Debtor-in-possession* (DIP) – financiamento típico do Direito norte americano¹¹² –, os poucos que se arriscam a ajudar exigem proporcional benefício, sendo que a legislação infraconstitucional apenas lhe garante tratamento diferenciado na hipótese da falência do devedor.¹¹³

¹¹⁰ COELHO, 2012, op. cit., p. 113.

¹¹¹ COELHO, loc. cit.

¹¹² O *DIP Financing* consiste em uma modalidade de concessão de novos créditos ao devedor em recuperação judicial mediante concessão de tratamento privilegiado ao credor financiador. Tem previsão no capítulo 11, com especial destaque para a subseção 364 (a) e (b) do *Bankruptcy Act* norte americano. Dias chama a atenção de que “ao lado da suspensão das ações e execuções contra o devedor, o *DIP financing* é o estímulo para muitos pedidos fundados no *Chapter 11* da lei falimentar norte-americana, ao permitir que o devedor possa financiar suas operações e investimentos com novos créditos que são alocados em diversos níveis de prioridade, acima dos créditos preexistentes que não contavam com nenhuma garantia.”

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento das empresas em crise**. 2012. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-27082013-114525/en.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018. Grifo do autor.

¹¹³ O artigo 67 de Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 destaca: “os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.”

BRASIL, 2005, op. cit.

Seguramente que esse tímido benefício que a LRF concede ao credor colaborador não incentiva a prática de concessão de crédito ou de liberação de garantias reais, demandando que a contrapartida lhe seja apresentada ainda no âmbito da recuperação judicial, afinal de contas, o credor colaborador é, tão somente, mais um credor que visa receber seu crédito no menor tempo e com o menor prejuízo possível e, para tanto, se mostra disposto a assumir um risco majorado.

Ao conceder a vantajosa posição ao credor colaborativo, o PRJ atende não apenas ao princípio da preservação da empresa, como também ao *par conditio creditorum*, à medida que põe em prática a igualdade material necessária para bem contemplar aqueles que se dispõem a ajudar quando todos os outros fogem ao risco.

Decerto que, para que o PRJ credite o credor colaborativo, a colaboração deve ser demonstrada como medida crucial e indispensável para a recuperação da empresa e o benefício oferecido deve ser proporcional à ajuda requisitada. Não se pode olvidar que, em uma recuperação judicial, as possíveis tentativas de concessão de benefícios indevidos a um ou outro credor “estratégico para o voto” são constantes e devem ser combatidas.

Se, por um lado, o Poder Judiciário pode suprir a vontade de certo credor que, mesmo diante de evidente vantagem oferecida, se nega a anuir com a supressão ou substituição de sua garantia (hipóteses de abuso de direito, por exemplo), por outro, poderá anular eventual vantagem oferecida a certo credor, caso não se demonstre a evidente necessidade da ajuda ou, ainda, não se coadune com a proporcionalidade exigida.

3.2.2.3 Limites para conversão de moeda estrangeira

A LRF prevê proteção ao credor em moeda estrangeira, mantendo a variação cambial como índice indexador da correção do seu crédito e apenas admitindo alteração a partir de expressa autorização do credor. A norma positivada no art. 50, §2º da LRF esclarece que:

Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.¹¹⁴

A previsão do disposto acima, à similitude da hipótese prevista no §1º –substituição ou supressão de garantia real –, impõe necessária anuência do credor, de forma expressa, para

¹¹⁴ BRASIL, 2005, op. cit.

eventual correção de seu crédito por índice distinto da variação da moeda cujo crédito se constituiu.

Entretanto, o referido limite específico ao PRJ se revela dissonante com o espírito recuperacional de todo o arcabouço legal que trata da matéria. O credor em moeda estrangeira, não possuindo a qualidade daqueles cujas garantias afastam a submissão do crédito aos efeitos do PRJ, será inserido no quadro geral de credores e terá seu crédito novado, assim como os demais habilitados.

A regra geral para habilitação do crédito sujeito aos efeitos do PRJ e constituídos em moeda nacional, na forma da previsão do art. 9º, inciso II da LRF, é de que deve ser “[...] atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial [...]”.¹¹⁵ Desde o protocolo da petição inicial da recuperanda até a homologação do plano aprovado, o crédito sujeito permanece “congelado”, aguardando definição do plano acerca do termo inicial da retomada da correção e do índice previsto.

Não é raro que PRJs prevejam índices de correção monetária com incidência sobre os créditos habilitados apenas a partir da homologação judicial, beneficiando o devedor com o congelamento do débito desde o pedido de recuperação até o termo *a quo* estabelecido no PRJ, tempo que, a depender do andamento processual do tribunal competente, pode ser sobejamente excessivo.

Já os credores titulares de créditos em moeda estrangeira, a despeito de estarem inseridos na mesma classe de credores que os demais, cujos créditos foram constituídos em moeda nacional, possuem relevante privilégio ao terem a possibilidade de escolherem qual fator de correção mais lhe interessa: a variação cambial prevista na lei ou o índice proposto pelo devedor.

A distorção isonômica provocada por essa regra é flagrante. Enquanto o credor em moeda nacional sofre a incidência novativa do PRJ – seja em relação ao valor do seu crédito, em relação ao prazo de pagamento ou ao índice de correção –, o credor em moeda estrangeira poderá, se assim lhe convier, aderir ao índice de correção do plano ou, apoiando-se à rigidez legal da limitação específica, manter a variação cambial como índice de atualização para fins de recebimento. Em crítica à referida limitação específica ao PRJ, Bezerra Filho afirma que:

¹¹⁵ BRASIL, 2005, op. cit.

O prejuízo à empresa em recuperação e o favorecimento ao credor em moeda estrangeira é evidente, configurando ademais retrocesso em relação à antiga lei de 1945, que em seu artigo 213 determinava conversão pelo câmbio do dia em que fosse declarada a falência ou mandada processar a concordata preventiva.¹¹⁶

Não obstante, e a par da discutida constitucionalidade do dispositivo, a legislação ordinária estabelece referido limite ao plano de recuperação judicial, de natureza protetiva à determinada categoria de credor.

3.2.2.4 Limites de extinção de garantias pessoais

O PRJ não está autorizado a substituir ou suprimir garantias pessoais ou fidejussórias em prejuízo aos credores. Não poderá, assim, exonerar avalistas, fiadores ou coobrigados em geral como produto de uma deliberação assemblear.

O art. 49, §1º esclarece que mesmo diante da sujeição dos créditos aos efeitos da recuperação judicial, “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.”¹¹⁷ O Enunciado 43 igualmente formou orientação no sentido de que “a suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor”¹¹⁸ e a jurisprudência firmou orientação consolidada de que:

¹¹⁶ BEZERRA FILHO, 2014, passim.

¹¹⁷ Embora a Lei 11.101/2005 se refira à certos credores não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, preferimos afirmar que os mesmos não são credores sujeitos aos efeitos do plano de recuperação, justamente porque não terão seus créditos novados a partir da sua aprovação. Por outro lado, os credores considerados como “não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial” sofrem, em alguma medida, consequências a partir da deflagração da recuperação judicial do devedor. É o caso dos credores titulares de posição de proprietários fiduciários, arrendadores mercantis, promitente vendedor de imóvel com cláusula de irrevogabilidade ou irrevogabilidade e proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio, embora considerados credores não sujeitos à recuperação judicial, não poderão, justamente por proibição da própria lei de recuperações, reaver seus bens alienados fiduciariamente, arrendados ou prometidos em venda pelo prazo de 180 dias do deferimento do processamento; credores “extraconcursais”, fiscais ou titulares de Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC) que, embora obtenham provimento judicial favorável para expropriarem bens da devedora de modo a satisfazerem seus créditos, sofrerão influência dos efeitos da recuperação judicial no momento da penhora e alienação forçada dos bens do devedor, seja pela modificação da competência para o juízo recuperacional, seja pela eventual suspensão da sua execução em prol da efetiva recuperação da empresa adoecida.

BRASIL, 2005, op. cit.

¹¹⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). Enunciado 43. In: JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2012, Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 55. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/view>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.¹¹⁹

O PRJ não pode pretender estender as prerrogativas da empresa aos sócios solidários, avalistas, fiadores ou coobrigados em geral. Essa é uma limitação específica ao plano de recuperação que, em verdade, não tem qualquer efeito em face da empresa recuperanda, mas evita o mal-uso do instituto recuperacional para evitar que coobrigados se valham do benefício estatal para se exonerarem de suas obrigações.

3.2.2.5 Limites à alteração do plano de recuperação

A proposta de PRJ apresentada pelo devedor poderá, no curso das tratativas negociais com os credores, sofrer alterações que possibilitem o atendimento aos credores – e o consequente angariamento de votos favoráveis –, observada a necessária capacidade do devedor em suportá-las.

O último momento para os ajustes finais do plano é na AGC, quando o amplo debate poderá dar causa às derradeiras modificações do instrumento e, assim, garantir a aprovação. Entretanto, estabelece o §3º do art. 56 da LRF que “o plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.”¹²⁰

Dessa regra positivada se extraem duas limitações específicas: o PRJ não pode ser elaborado ou alterado pelos credores e, da alteração, não poderá decorrer prejuízo ao credor ausente.

No Direito norte americano, a apresentação de um plano de reorganização pelos credores é medida de exceção, porém, prevista. A seção 1121 do *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* possibilita que os credores, na omissão do devedor em apresentar um plano de reorganização no prazo de 120 dias, possa propor a medida.¹²¹

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. 1333349/SP. Recorrente: Luiz Gonzaga Lanzi. Recorrido: Banco do Brasil Mercantil S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 02 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1333349&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_vi_sualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹²⁰ BRASIL, 2005, op. cit.

¹²¹ “§1.121: Who may file a plan

No Direito inglês, Bolton afirma que o *London Approach* estabelece o procedimento extrajudicial segundo o qual os credores se reúnem para suspenderem as execuções contra o devedor para lhes propuser um plano.¹²² No Brasil, essa possibilidade não é contemplada na LRF, pois somente o devedor poderá apresentar o plano de recuperação e, desse modo, somente este poderá alterá-lo.

Não se nega que a participação dos credores na elaboração, sendo que a eventual alteração do plano costuma ser bastante ativa, em que pese a palavra final do devedor que irá prevalecer para fins de apresentação da proposta.

Ademais, uma vez alterado o plano no âmbito da AGC, suas novas disposições não poderão causar qualquer prejuízo exclusivo a credores que, eventualmente, se façam ausentes na referida assentada. A regra não veda alterações que causem prejuízos a uma classe ou subclasse de credores, mas a um ou mais específicos credores, atingidos de forma não homogênea.

Durante a AGC, um plano pode ser modificado para alterar a ordem de pagamentos dos credores, a fim de majorar os descontos sobre os créditos de determinada classe ou, ainda, para criar nova carência, dentre outras tantas possibilidades disponíveis aos contratantes. Não poderá, contudo, dispor sobre cláusula que prejudique um credor específico que esteja ausente da AGC, ainda que este credor ocupe, de forma isolada, uma das classes existentes em determinada recuperação judicial.

3.3 CREDORES EXCLUÍDOS DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O núcleo protetivo do processo recuperacional é a atividade econômica viável que se busca preservar mediante o esforço coletivo, que não deve ultrapassar os limites do interesse

(c) Any party in interest, including the debtor, the trustee, a creditors' committee, an equity security holders' committee, a creditor, an equity security holder, or any indenture trustee, may file a plan if and only if--

(1) a trustee has been appointed under this chapter;

(2) the debtor has not filed a plan before 120 days after the date of the order for relief under this chapter; or

(3) the debtor has not filed a plan that has been accepted, before 180 days after the date of the order for relief under this chapter, by each class of claims or interests that is impaired under the plan.”

UNITED STATES BANKRUPTCY CODE, loc. cit.

¹²² BOLTON, Patrick. Toward a statutory approach to sovereign debt restructuring: lessons from corporate bankruptcy practice around the world. **IMF Working Papers**, [S.l.], p. 1-35, Jan. 2003. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Toward-a-Statutory-Approach-to-Sovereign-Debt-Restructuring-Lessons-From-Corporate-16253>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

social. Para tanto, o equacionamento do passivo do devedor é uma medida que se mostra mais do que simplesmente necessária ao início da sua reestruturação.

Ao pedir recuperação judicial, uma empresa em crise se apresenta, em regra, com um quadro de endividamento polarizado e absorvente de todo ou de parte considerável do seu ativo. Ou seja, em real situação de insolvência.¹²³

Trazer a universalidade de credores para o processo de recuperação judicial é uma providência especial do processo que a difere da antiga concordata, a qual apenas sujeitava credores quirografários.¹²⁴ A ideia é de que não adiantaria a tentativa de recuperar uma empresa em crise, porém, viável, se os seus credores pudessem continuar a vilipendiar seu ativo com execuções judiciais das mais diversas naturezas. Assim, é necessário estancar provisoriamente as cobranças, de modo que os créditos exigíveis sejam tratados no PRJ, documento novativo das obrigações do devedor.

Entretanto, a lei recuperacional entendeu por afastar alguns créditos dos efeitos do PRJ, possibilitando que os credores exerçam seus direitos de maneira autônoma, medida que não necessariamente representa um privilégio aos titulares dos respectivos créditos. Ao afastar a sujeição de determinados credores dos efeitos do PRJ, a lei os impede de habilitar créditos e direciona a solução para a retomada dos bens que guarnecem suas garantias, seja mediante busca e apreensão, seja mediante reintegração de posse.

A redação da lei recuperacional não foi feliz ao excepcionar determinados créditos da sujeição aos efeitos da recuperação judicial, quando melhor diria se os excepcionasse dos efeitos do plano de recuperação. O fato é que, em certa medida, todos os créditos sofrem algum efeito do processamento da recuperação, desde a eventual impossibilidade de retomada de um bem de capital essencial – pelos credores titulares de garantias fiduciárias –, até mesmo a necessidade de autorização do juízo recuperacional para a expropriação de bens do devedor em uma execução fiscal.

A intenção do legislador, ao relacionar os chamados credores “excluídos”, intencionou evitar não exatamente a incidência dos efeitos da recuperação judicial sobre seus créditos,

¹²³ Nesse sentido, Carvalho esclarece que “em termos estritos, nesta fase a empresa provavelmente passa a encaixar-se dentro da primeira definição de insolvência ou seja, ela não é capaz de saldar suas dívidas nas respectivas datas de vencimento.”

CARVALHO, Albadilo Silva. Recuperação judicial da empresa com fundamento no princípio da viabilidade econômico-financeira. *Revista Electrónica de Derecho Comercial*, [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://derecho-comercial.com/Doctrina/silvac01.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 26

¹²⁴ Na forma do artigo 147 do revogado Decreto-Lei 7.661/1945. BRASIL, 1945, passim.

mas a novação a partir da aprovação do PRJ. Assim, ressalvadas as execuções fiscais e as restituições de ACC, os credores ditos “excluídos” não podem habilitar seus créditos de modo a exigir o cumprimento da obrigação mediante pagamento quando possuem garantias que, se simplesmente retomadas, trariam soluções por vezes menos gravosas ao devedor.

Por certo que essa vedação de habilitação de credores excluídos não é norma cogente, podendo o devedor, juntamente com os credores interessados, contratarem a sujeição para o bem da empresa ou, na forma usualmente utilizada, possibilitando que estes “adiram ao PRJ”. Isso porque nem sempre a retomada dos bens gravados em garantia se mostra como medida de interesse do devedor, com destaque para aqueles bens considerados de capital e essenciais ao desenvolvimento da atividade empresária¹²⁵, os quais não poderão ser retomados durante o *stay period*.¹²⁶

A regra, portanto, é que todos os credores devem se submeter aos efeitos da recuperação judicial, malgrado a lei preveja alguns créditos que, a despeito de suportarem, em certa medida, os efeitos do processo recuperacional, não se sujeitam aos efeitos do plano à medida que não serão novados com a eventual aprovação do documento.

3.3.1 Credores com garantias fundadas em propriedades

Os titulares de posição de proprietário fiduciário, arrendador mercantil, promitente vendedor de imóvel (com cláusula de irretratabilidade ou irrevogabilidade) e proprietário em contrato de compra e venda (com reserva de domínio) devem exercer sus direitos de proprietário sem atacar o caixa da recuperanda, a partir de habilitação de crédito.

Embora considerados credores não sujeitos à recuperação judicial, não poderão, justamente por proibição da própria LRF, reaver seus bens alienados fiduciariamente, arrendados ou prometidos em venda pelo prazo de 180 dias do deferimento do processamento

¹²⁵ Teixeira afirma que “o Senador Ramez Tabet, ao comentar a Emenda n. 107, esclareceu que emenda entendeu por bem distinguir entre bens em geral e bens de capital. O objetivo da modificação do artigo 48, parágrafo 3º do texto aprovado na Câmara foi evitar que a venda das instalações ou a retirada de bens, máquinas ou equipamentos inviabilizasse a recuperação de empresas.”

TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante**. 2010. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-30042013-150141/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 142.

¹²⁶ Suspensão do curso da prescrição, das ações e execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias, na forma do artigo 6,§4º da Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. BRASIL, 2005, op. cit.

da ação. Não há como negar a incidência da recuperação judicial sobre os referidos créditos, embora não estejam sujeitos aos efeitos do PRJ.

A lógica do dispositivo é que, não se tratando de bens de capital essenciais à atividade empresária, o credor possa reavê-los, evitando, assim, a necessidade de descaixe de recursos, pela recuperanda, para pagamento do crédito. O credor deverá, assim, como medida de satisfação de crédito, realizar a busca e apreensão do bem móvel gravado em alienação fiduciária ou a reintegração de posse do imóvel prometido à venda.

Não obstante, nem sempre interessa, ao credor, a solução fundada na execução da garantia fiduciária, situação em que o mesmo poderá optar e, desde que com a anuência do devedor, pela renúncia da mesma em prol da possibilidade de habilitar seu crédito na recuperação judicial na qualidade de credor quirografário e receber o pagamento na forma prevista no PRJ.

Nesse caso, a habilitação de credor garantido fiduciariamente dependerá da anuência do devedor, que deverá realizar o necessário estudo de impacto financeiro no seu plano de recuperação a partir da inclusão de créditos não considerados quando da apuração do endividamento sujeito aos efeitos do PRJ. De outra sorte, o devedor poderá simplesmente recusar a habilitação do credor e entregar-lhe os bens que guarnecem seu crédito, dado ser esta uma prerrogativa do devedor para a aceitação de referida habilitação.

O mesmo não se pode dizer quando a habilitação de crédito fiduciariamente garantido é de interesse do devedor. Embora ele possa recusar a adesão do credor “excluído”, não poderá exigi-la quando esta não for a opção do titular do respectivo crédito. A norma positivada no §3º do art. 49 da LRF disciplina a exclusão dos créditos com determinadas espécies de garantias fundadas em propriedade e, por essa razão, não cabe ao alvedrio do devedor decidir unilateralmente acerca da mitigação da garantia do credor fiduciário.¹²⁷ Salvo mediante expressa concordância do credor aderente, o PRJ não poderá propor novação de créditos excluídos sob pena de ineficácia.

¹²⁷ Ibid.

3.3.2 Credores extraconcursais

Em regra, créditos nascidos após o processamento da recuperação judicial não se submetem aos seus efeitos, podendo ser cobrados de forma autônoma e independente do processo recuperacional.

No entanto, já é pacífico o entendimento que o Juízo Recuperacional atrai a competência para análise e autorização acerca da oneração, constrição e alienação forçada de bens da recuperanda, de modo a evitar que expropriações comprometam a recuperação da atividade.¹²⁸

Ainda que um credor considerado extraconcursal obtenha provimento judicial favorável para expropriar bens da devedora, de modo a satisfazer seu crédito, também sofrerá influência dos efeitos da recuperação judicial no momento da penhora e alienação forçadas dos bens do devedor, seja pela modificação da competência, seja pela eventual suspensão da sua execução em prol da efetiva recuperação da empresa adocida.

3.3.3 Credores fiscais

No que se refere aos titulares de créditos de natureza tributária, o art. 6º, §7º da LRF estabelece que “as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.”¹²⁹

Embora não participem diretamente da recuperação judicial, sem qualquer necessidade de habilitarem créditos por possuírem a prerrogativa de continuar suas cobranças fiscais, os credores titulares de créditos tributários invariavelmente sofrem o efeito direto da recuperação no momento da expropriação de bens do devedor, devendo, a última palavra, ser do juiz da recuperação.¹³⁰

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 24.560/RJ. Recorrente: Bomboniere Torcan Ltda (em recuperação judicial). Recorrido: Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S/A. Relator: Ministro Sérgio Kukina. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=24560&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=>>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹²⁹ BRASIL, 2005, op. cit.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Interno no Recurso Especial n. 1612859/RS. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Decorville Ltda. Relator: Ministro Francisco Falcão. **Diário de**

Ainda que seus créditos não sejam tratados no PRJ, é inegável o efeito do processamento da recuperação judicial sobre o direito de cobrança dos credores tributários. A efetiva expropriação de bens do devedor – em uma execução fiscal ajuizada contra empresa em recuperação judicial –, reclama necessária análise e deferimento do juízo recuperacional, em verdadeira atração de competência para referido ato constitutivo.¹³¹

3.3.4 Credores por adiantamento de contrato de câmbio

Os credores de importância antecipada em contratos de câmbio (art. 49, §4º), do mesmo modo, sujeitam-se, em alguma medida, aos efeitos da recuperação judicial ante o fato de não poderem, à revelia do juízo recuperacional, reaverem a importância antecipada.¹³²

A atratividade do juízo da recuperação e a necessária análise judicial dos atos expropriatórios nas restituições de valores de ACC impõem o reconhecimento de sujeição a algum efeito da recuperação judicial.

O mesmo não se pode dizer acerca da sujeição ao PRJ. Por opção legislativa, não houve inclusão da importância dos valores antecipados em contratos de câmbio no rol dos créditos atingidos pela novação recuperacional, regra definida pelo art. 49, §4º: “não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.”¹³³

Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 ago 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1612859&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹³¹ A II Jornada de Direito Comercial produziu o Enunciado 74: “embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa.”

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). Enunciado 74. In: JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 2., 2015, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 9. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/enunciados_aprovados-referencia_legislativa-justificativa_ii_jornada.pdf/view>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹³² BRASIL, 2005, op. cit.

¹³³ O artigo 86, II da Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 refere-se à importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação: “Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro:

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o

4 CAPÍTULO 3 – FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO

Nos sistemas capitalistas que regem a economia da maioria dos países ocidentais, o crédito se apresenta como um dos fatores de produção mais relevantes no desenvolvimento da atividade empresarial. É o crédito que permite a capitalização de empreendimentos, abrindo necessário campo para a geração de emprego, renda e fomento da atividade empresária, além de se apresentar como elemento indispensável para consecução de políticas públicas, notadamente em áreas mais delicadas e cuja demanda social se mostra mais evidente, como a economia de subsistência, educação e a atividade rural.

Quanto maior a oferta de crédito, mais robusto é o desenvolvimento econômico e social de uma comunidade organizada. Sant’anna, Borça Junior e Araujo destacam que “a maior disponibilidade de empréstimos permite que a demanda efetiva se expanda e, conseqüentemente, gere uma aceleração da trajetória de crescimento da renda e do emprego.”¹³⁴

Na realidade brasileira, o crédito possibilita não apenas o incremento da empresa, incentivando o empreendedorismo de pequeno, médio e grande porte, mas, sobretudo, a execução de políticas educacionais, o acesso à moradia e a produção rural de subsistência. Ou seja, não se imagina uma sociedade moderna sem oferta de crédito.

Não obstante a oferta existente no mercado de crédito brasileiro, o fato é que nem sempre esse importante insumo do desenvolvimento está acessível a determinadas camadas da sociedade, seja em razão do seu alto custo, seja ainda em face do não preenchimento, por determinada camada social, de condições pessoais necessárias à luz das regras estabelecidas pelos agentes econômicos, como, por exemplo, a disponibilidade de determinadas garantias exigidas.

prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente;

III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei.”

Ibid.

¹³⁴ SANT’ANNA, André Albuquerque; BORÇA JUNIOR, Gilberto Rodrigues; ARAUJO, Pedro Quaresma de. Mercado de crédito no Brasil: evolução recente e o papel do BNDES (2004-2008). **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 31, p. 41-59, jun. 2009. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/8561/2/RB%2031%20Mercado%20de%20Cr%C3%A9dito%20no%20Brasil_Evolu%C3%A7%C3%A3o%20Recente%20e%20o%20Papel%20do%20BNDES%202004-2008%29_P_BD.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 42.

O excessivo custo do crédito no Brasil tem, historicamente, figurado como um entrave histórico ao desenvolvimento econômico e social. Não obstante a estabilização da moeda a partir do Plano Real, ocorrida na década de 90, as taxas de *spread* bancário brasileiro têm se revelado como as mais elevadas dentre os países em desenvolvimento, diferença que se mostra mais notável quando comparadas ao custo do crédito em países vizinhos da América Latina, como discutido por Singh em sua obra.¹³⁵

Paula e Leal destacam que é justamente esse alto custo que, aliado ao baixo crescimento econômico, dá ensejo ao cenário de baixa oferta de crédito, fomentando um círculo vicioso de causa e efeito: pouca oferta de crédito, alto custo e baixo crescimento econômico.¹³⁶

Em um país de dimensões continentais e flagrantes desigualdades econômicas e sociais, as atenções do mercado privado de crédito sempre estiveram voltadas para onde havia maior concentração econômica, historicamente alocada na região Sudeste do Brasil. Assim, pouco se investia em determinadas regiões do país, seja pela reduzida renda per capita se comparada com regiões mais desenvolvidas, ou ainda pela ausência de incentivos públicos para a implementação de unidades geradoras de emprego e renda.

A demanda de desconcentração de renda do país fez surgir “[...] aparatos institucionais de planejamento e apoio ao desenvolvimento regional, possibilitando à antiga periferia nacional integrar-se produtivamente, a partir dos anos 60, à industrialização pesada, centrada em São Paulo”, conforme Macedo e Mattos.¹³⁷

Os autores supracitados indicam que uma grande quantidade de instrumentos políticos de incentivo à atividade empresarial e à desconcentração regional foram criados no Brasil a partir da década de 70, como a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), o Grupo Executivo para Recuperação Econômica do Espírito Santo (GERES), a Superintendência da

¹³⁵ Paper divulgado pelo FMI no ano de 2005 revelou que o Brasil apresentava, entre 1993 e 2002, média de *spread* bancário superior a 50%, contra a média de 10% dos países da América Latina.

SINGH, Anoop et al. *Stabilization and reform in Latin America: a macroeconomic perspective on the experience since the early 1990s*. **International Monetary Fund**, Washington, DC, n. 238, Feb. 2005. p. XIII-XX. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/op/238/pdf/op238_5.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹³⁶ PAULA, Luiz Fernando de; LEAL, Rodrigo Mendes. Custo do crédito no Brasil: uma avaliação recente. **Indicadores Econômicos FEE**, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 91-102, set. 2006. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/1487/1853>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹³⁷ MACEDO, Fernando César; MATTOS, Elmer Nascimento. O papel dos fundos constitucionais de financiamento no desenvolvimento regional brasileiro. **Ensaios FEE**, v. 29, n. 2, p. 355-384, 2008. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/2181/2575>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 358.

Zona Franca de Manaus (SUFRAMA). Estes órgãos dispunham de instrumentos para consecução de seus objetivos, como o Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR), o Fundo de Investimento da Amazônia (FINAM), o Fundo de Recuperação Econômica do Estado do Espírito Santo (FUNRES) e o Sistema 34/18, os quais eram geridos e administrados por instituições financeiras estatais igualmente imbuídas com os objetivos de incremento regional da economia, como o Banco do Nordeste do Brasil (BNB), o Banco da Amazônia (BASA), o Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo (BANDES), dentre outros.¹³⁸

A presença do Estado e sua necessária interferência para o desenvolvimento da empresa passou a ser uma demanda não apenas econômica, mas, sobretudo, social em locais do país onde a iniciativa privada não aportava investimentos. A descentralização da produção econômica no Brasil e o conseqüente incentivo ao desenvolvimento em regiões periféricas, a partir da nova ordem constitucional de 1988, inaugurou uma nova fase no desenvolvimento da empresa com a instituição dos chamados FCFs para fins de incremento do desenvolvimento e produção econômica das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil além dos municípios incluídos na área de atuação da Sudene dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo.

4.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Os FCFs surgiram a partir da CF/88, alinhados aos princípios e garantias fundamentais e da ordem econômica ali consagrados atendendo, ainda, ao fundamento da República da livre iniciativa, conforme o art. 1º, inciso IV da Constituição.¹³⁹

Como os principais instrumentos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) do país, os FCFs têm previsão positivada no art. 159, I, “c”, combinado com o art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), cabendo sua instituição às leis ordinárias e cuja composição é formada por receita tributária da União, na forma da repartição definida pelo constituinte originário.¹⁴⁰

Os recursos que compõem os FCFs são oriundos do produto da arrecadação do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), à base de 3% de

¹³⁸ MACEDO; MATTOS, 2008, passim.

¹³⁹ BRASIL, 1988, passim.

¹⁴⁰ Ibid.

49% do total arrecadado no país. A partir da composição dos fundos com recursos de origem tributária disponibiliza-se – observadas as regras cogentes de concessão e reembolso definidas nas leis ordinárias instituidoras e regulamentos derivados, incluídas as resoluções do Conselho Deliberativo das Superintendências de Desenvolvimento Regionais (CONDEL) –, a oferta de crédito para o fomento do setor produtivo das regiões contempladas, aí incluída a atividade empresarial.

O arcabouço constitucional para o atendimento aos objetivos da República e os princípios da ordem econômica – definidos nos arts. 3º e 170, VII da Carta –, ainda definem, à União, a competência administrativa para implementar referidas políticas de redução de desigualdades regionais, como prevê o art. 43 do Texto Constitucional.¹⁴¹

Embora os fundos de financiamento regionais possuam alicerce constitucional com fins de atendimento às políticas sociais de redução de desigualdades, não se pode olvidar que seus beneficiários são, em grande número, empresários que exercem relevante atividade econômica, agindo como vetores de aplicação de desenvolvimento e, em certa medida, como coautores da consecução dos objetivos republicanos positivados na CF/88.

Se o Estado garante medidas de incentivo ao desenvolvimento regional para atender à demanda de redução de desigualdades, são os agentes de fomento, com destaque para o setor empresarial, que materializam a atividade econômica cuja implementação visa atender aos princípios e objetivos constitucionais.

A oferta de crédito a custos subsidiados, promovida pelo Estado a partir da injeção de recursos de FCFs, é uma medida que atende diretamente ao §2º do art. 43 da CF/88 e se revela como um importante meio de intervenção estatal para minorar os maléficos efeitos da concentração do mercado de crédito da rede bancária privada.¹⁴²

4.2 FUNÇÃO SOCIAL

O direito ao desenvolvimento, assim considerado como direito humano inalienável¹⁴³, há muito é reconhecido como espécie de direito fundamental a ser garantido pelo Estado, no

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ UNITED NATIONS (UN). **A/RES/41/128**. Declaration on the right to development. [New York], 04 Dec. 1986. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

âmbito dos três Poderes constituídos. O art. 3º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) imputa aos Estados:

O direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição eqüitativa dos benefícios daí resultantes.¹⁴⁴

Já o art. 10 do referido documento estabelece que “os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.”¹⁴⁵

É nesse contexto que surgem os FCFs, em sua maioria substituindo antigos fundos pré-existentes com vistas a atender ao Plano Nacional de Desenvolvimento Regional, alinhados aos objetivos fundamentais da República, com destaque para a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização, além da busca pela redução das desigualdades sociais e regionais.¹⁴⁶

O Estado promove anômala intervenção na economia, face aos entraves mercadológicos existentes para a natural solução das desigualdades regionais, mediante a oferta de crédito com custos consideravelmente inferiores aos praticados no mercado, como uma forma de execução de políticas públicas de inspiração supra constitucional. Grau já destacava que:

[...] a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo de todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública.¹⁴⁷

De acordo com o Ministério da Integração Nacional (MI) – órgão do Poder Executivo responsável por garantir o exercício do direito ao desenvolvimento –, o objetivo central dos fundos de financiamento é a promoção do desenvolvimento econômico e social das regiões Centro-Oeste, Nordeste e Norte, por meio das instituições financeiras federais de caráter

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ O art. 1º da Resolução 41/128 da *UNITED NATIONS* (UN) destaca que “o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.”

Ibid.

¹⁴⁶ BRASIL, 1988, passim.

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15.

regional, mediante a execução de programas de financiamento aos setores produtivos.¹⁴⁸ Referidos fundos têm atuação e propósitos bem definidos pelo Estado brasileiro, sendo que eles:

[...] constituem instrumentos financeiros da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR), mediante aplicação, nas respectivas Regiões, da parcela de recursos tributários destinados pela União, com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento econômico e social dessas regiões e, conseqüentemente, a redução das desigualdades inter-regionais do país.¹⁴⁹

E não é toda e qualquer atividade econômica que poderá ser atendida pelo benefício do “crédito barato”. Como instrumento de consecução de políticas de desenvolvimento regional, os financiamentos públicos com recursos de fundos constitucionais apenas se destinam às atividades geradoras de emprego e renda e que, sem o referido incentivo, dificilmente seriam implementadas em determinadas regiões do país. Assim, de acordo com a Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, apenas podem ser atendidos pelos fundos aqueles que:

Desenvolvam atividades produtivas nos setores agropecuário, mineral, industrial, agroindustrial, de empreendimentos comerciais e de serviços das regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste, de acordo com as prioridades estabelecidas nos respectivos planos regionais de desenvolvimento.¹⁵⁰

Embora a função social dos fundos de financiamento seja, eminentemente, a promoção do desenvolvimento regional e o combate às desigualdades sociais, não se pode negar que a empresa exerce um papel fundamental para o alcance desses objetivos. É, sobretudo por meio da atividade empresarial, que o resultado dos financiamentos públicos é traduzido em efetivo desenvolvimento, ainda que, eventualmente, se observe insucesso do intento em um ou outro empreendimento.

Para a consecução de atividade produtiva alinhada com a PNDR o empresário tem, à sua disposição, a possibilidade de contratação de crédito junto às instituições bancárias oficiais a custos subsidiados e significativamente inferiores aos praticados no mercado de crédito privado. Ao tempo em que tal benefício visa atender a um interesse público, também se revela como um importante incentivo ao exercício da empresa.

¹⁴⁸ MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Fundos constitucionais de financiamento**. [Brasília, DF], 2015. Disponível em: <<http://www.mi.gov.br/web/guest/fundos-constitucionais-de-financiamento>>. Acesso em: 1º maio 2018.

¹⁴⁹ Id., 2017.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989. Regulamenta o art. 159, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, institui o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE e o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 28 set. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7827.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

4.3 REGIME LEGAL E GESTÃO ADMINISTRATIVA

Os FCFs atualmente vigentes no ordenamento brasileiro, e cuja matriz constitucional se verifica no art. 159, têm regime legal regulado pela Lei n. 7.827/1989.¹⁵¹ A norma infraconstitucional regulamenta o art. 159, I da CF/88 e institui o Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Nordeste (FNE), o Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Norte (FNO) e o Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Centro-Oeste (FCO), os quais possuem políticas e diretrizes de aplicação distintas à luz dos objetivos específicos de cada região atendida.

Bevilacqua bem descreve o mecanismo de funcionamento dos fundos de desenvolvimento regional, esclarecendo que:

[p]or meio desses recursos a União, por meio do Ministério da Integração Nacional (MI), que formula os Planos Regionais de Desenvolvimento, oferece ao setor produtivo das regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste, através de seus respectivos agentes financeiros, Banco do Brasil, Banco da Amazônia S/A e Banco do Nordeste S/A, recursos financeiros de investimento com vistas a induzi-lo a investir nas regiões menos desenvolvidas através de atrativas taxas de juros, subsidiadas pelo Governo Federal.

A administração dos fundos constitucionais de financiamento é compartilhada entre o MI, os Conselhos Deliberativos das Superintendências de Desenvolvimento Regional (CONDEL/SUDECO, CONDEL/SUDAM e CONDEL/SUDENE) e seus respectivos agentes financeiros.¹⁵²

4.3.1 Os Fundos Constitucionais de Financiamento: FNE, FNO e FCO

A previsão constitucional de atendimento à PNDR foi regulamentada pela Lei n. 7.827/1989, a qual instituiu o FNE, o FNO e o FCO. O PNDR, por sua vez, disciplinado pelo Decreto n. 6.047, de 22 de fevereiro de 2007, não apenas reconhece o FNE, o FNO e o FCO como instrumentos de execução dos programas de desenvolvimento, delimitando suas áreas de abrangência, mas, sobretudo, delega ao Condel a elaboração dos regulamentos necessários à operacionalização dos fundos e a emissão de pareceres técnicos de análise, laudos e declarações relativas aos incentivos e benefícios fiscais.¹⁵³ Bevilacqua afirma que:

¹⁵¹ BRASIL, 1989, passim.

¹⁵² BEVILACQUA, Lucas. Fundos constitucionais de financiamento sob a perspectiva de uma nova política de desenvolvimento regional para o Brasil central. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RFDFE)**, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 99-117, set./fev. 2015. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/aceso.aspx?token=qbX0gCPnYJlxb5Vc70ORpQ==>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁵³ BRASIL. Decreto n. 6.047, de 22 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Regional - PNDR e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 fev. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6047.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

A administração dos fundos constitucionais de financiamento é compartilhada entre o MI, os Conselhos Deliberativos das Superintendências de Desenvolvimento Regional (CONDEL/SUDECO, CONDEL/SUDAM e CONDEL/SUDENE) e seus respectivos agentes financeiros.¹⁵⁴

Os membros do Condel da Sudene, por sua vez, são definidos na forma da Lei Complementar (LC) n. 125, de 03 de janeiro de 2007, sendo: os Governadores dos estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Minas Gerais e Espírito Santo; os Ministros de Estado da Fazenda, da Integração Nacional e do Planejamento, Orçamento e Gestão; os Ministros de Estado das demais áreas de atuação do Poder Executivo; três representantes dos Municípios de sua área de atuação, escolhidos na forma a ser definida em ato do Poder Executivo; três representantes da classe empresarial e três representantes da classe dos trabalhadores de sua área de atuação, indicados na forma a ser definida em ato do Poder Executivo; o Presidente do BNB e o Superintendente da Sudene.¹⁵⁵

No âmbito da Sudam, a composição do Condel é definida na forma da LC n. 124, de 03 de janeiro de 2007. Compõem o Conselho Deliberativo da citada Superintendência Regional os Governadores dos estados de sua área de atuação; os Ministros de Estado designados pelo Presidente da República, limitados ao número de nove; três representantes dos municípios de sua área de atuação, escolhidos na forma a ser definida em ato do Poder Executivo; três representantes da classe empresarial e três representantes da classe dos trabalhadores de sua área de atuação, indicados na forma a ser definida em ato do Poder Executivo; o Superintendente da Sudam e o Presidente do BASA.¹⁵⁶

Na Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste (SUDECO), o Condel é definido na forma da LC n. 129, de 03 de janeiro de 2007, e sua composição contempla os governadores dos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Goiás e do Distrito Federal; os Ministros de Estado da Fazenda, da Integração Nacional e do Planejamento, Orçamento e Gestão; representantes dos Municípios de sua área de atuação, escolhidos e indicados na forma a ser definida em resolução do Conselho Deliberativo por proposta da Diretoria

¹⁵⁴ BEVILACQUA, op. cit.

¹⁵⁵ BRASIL. Lei Complementar n. 125, de 03 de janeiro de 2007. Institui, na forma do art. 43 da Constituição Federal, a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE; estabelece sua composição, natureza jurídica, objetivos, áreas de atuação, instrumentos de ação; altera a Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989, e a Medida Provisória nº 2.156, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei Complementar nº 66, de 12 de junho de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 04 jan. 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp125.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁵⁶ Id., 2007a.

Colegiada; representantes da classe empresarial, da classe dos trabalhadores e de organizações não-governamentais, com atuação na Região Centro-Oeste, indicados na forma a ser definida em resolução do Conselho Deliberativo por proposta da Diretoria Colegiada; o Superintendente da Sudeco e o Presidente da Instituição Financeira Federal, administradora do FCO.¹⁵⁷

São as respectivas leis complementares – 125/2007, 124/2007 e 129/2009 –, que definem, de igual modo, o âmbito territorial de atuação de cada Superintendência Regional de Desenvolvimento, o que acaba por definir a exata área de atendimento dos fundos de financiamento vinculados a cada região.

Por regra estabelecida na Lei 7.827/1989, os recursos de FCFs apenas podem ser utilizados para atividades do setor produtivo da região compreendida pelos estados do Acre, Amazonas, Amapá, Pará, Roraima, Rondônia e Tocantins – FNO –; pelos estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia, além das partes dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo incluídas na área de atuação da Sudene – FNE –; e estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás e Distrito Federal – FCO –, além da região compreendida no semi-árido brasileiro, entendida como aquela inserida na área de atuação da Sudene, definida em portaria daquela autarquia.¹⁵⁸

A esse modo, a normatização dos FCFs desce aos regulamentos internos das instituições financeiras a partir do fundamento constitucional e das regras definidas pelas legislações infraconstitucionais. Para o FNE, a administração cabe ao BNB, para o FNO cabe ao Basa e, para o FCO, ao Banco do Brasil.

Em resumo, a previsão constitucional deu causa à instituição dos fundos de financiamentos regionais a partir da edição da Lei 7.827/1989. A Lei Ordinária define os objetivos e finalidades dos fundos instituídos, as regras gerais sobre destinatários, as atividades financiadas e a área de atuação de cada fundo criado; o Decreto 6.047/2007 institui a PNDR, estabelecendo a competência do Condel – Sudene, Sudam e Sudeco –, os quais são instituídos e regulados pelas respectivas leis complementares a fim de normatizarem a operacionalização dos fundos, em conjunto com o MI e o Conselho Monetário Nacional

¹⁵⁷ BRASIL. Lei Complementar n. 129, de 08 de janeiro de 2009. Institui, na forma do art. 43 da Constituição Federal, a Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste - SUDECO, estabelece sua missão institucional, natureza jurídica, objetivos, área de atuação, instrumentos de ação, altera a Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 09 jan. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp129.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁵⁸ BRASIL, 1989, passim.

(CMN), evidentemente seguindo as diretrizes e limites impostos pela legislação infraconstitucional.

O amparo legal para a normatização de regras dos FCFs confere, às regras de operacionalização dos fundos, cunho eminentemente normativo e, às decisões proferidas neste âmbito, a natureza jurídica de verdadeiro ato administrativo complexo.

Observados os limites impostos pela legislação federal, são os agentes financeiros oficiais, em conjunto com as Superintendências Regionais de Desenvolvimento, que definem regras de aplicação, remuneração e reembolso. Na prática, os bancos públicos – BNB, Basa e BB –, apresentam, às respectivas Superintendências, as proposições de normatização e, sendo acolhidas pelos respectivos Conselhos Deliberativos, as mesmas são transformadas em resoluções.

São as resoluções das Superintendências Regionais de Financiamento que definem, por exemplo, a classificação do porte de determinados beneficiários para acesso à certas linhas de crédito, os limites de financiamento, os prazos máximos de reembolso, as condições para renegociação de dívidas em atraso, as definições das específicas atividades financiadas, dentre outras questões relacionadas à conveniência e oportunidade observada, no entanto, a impossibilidade de inovação de regras pré-definidas na Lei 7.827/89.

Igualmente, o CMN expede resoluções para a definição dos encargos financeiros e os bônus de adimplência incidentes sobre os financiamentos com recursos dos fundos constitucionais, como estabelece a Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001.¹⁵⁹

O MI, órgão do Poder Executivo e membro da gestão compartilhada dos fundos de financiamento, também participa da normatização a partir da publicação de portarias para a consecução de suas atribuições institucionais. Desses atos normativos decorrem as normas internas de administração, de estrita observância pelos agentes operacionais dos fundos, no âmbito das instituições financeiras oficiais. Assim, ao final, serão o BNB, o Basa e o BB os agentes financeiros delegatários da administração, respectivamente, do FNE, do FNO e do FCO.

¹⁵⁹ BRASIL. Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001. Dispõe sobre as operações com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste, de que trata a Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 15 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10177.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

4.3.2 Gestão dos fundos e responsabilidade administrativa

A gestão administrativa dos FCFs é realizada de modo compartilhado. A Sudene e o BNB promovem a gestão do FNE, enquanto a Sudam e o Basa gerem o FNO e o Sudeco, juntamente com o BB, que gerencia o FCO. Em comum aos referidos fundos está a participação do MI.

Cada agente administrativo envolvido na gestão do fundo constitucional, por sua vez, assume determinadas atribuições e responsabilidades. Ao MI, incumbe estabelecer diretrizes e orientações gerais para a aplicação dos recursos dos FCFs de forma a compatibilizar os programas de financiamento com as orientações de política macroeconômica, das políticas setoriais e da PNDR.

Além disso, o referido órgão do Poder Executivo ainda deve estabelecer normas para a operacionalização dos programas de financiamento dos FCFs, estabelecer diretrizes para o repasse desses fundos para aplicação por outras instituições autorizadas a funcionar pelo BB e supervisionar, coordenar e controlar a aplicação dos recursos, além de avaliar o desempenho dos FCFs.¹⁶⁰

Ao Condel de cada Superintendência Regional de Desenvolvimento cabe estabelecer, anualmente, as diretrizes, prioridades e programas de financiamento, em consonância com o respectivo plano regional de desenvolvimento; aprovar, anualmente, os programas de financiamento de cada fundo para o exercício seguinte, tendo por base as diretrizes e orientações gerais traçadas pelo MI; avaliar os resultados obtidos e determinar as medidas de ajustes necessárias ao cumprimento das diretrizes estabelecidas e à adequação das atividades de financiamento às prioridades regionais; e encaminhar as programações de financiamento para o exercício seguinte, juntamente com o resultado da apreciação e o parecer aprovados pelo Colegiado, à Comissão Mista Permanente do Congresso Nacional.¹⁶¹

Já aos bancos oficiais operadores – BNB, BASA e BB –, a atribuição administrativa dos fundos consiste em encaminhar, anualmente, à apreciação dos Conselhos Deliberativos a proposta de aplicação dos recursos relativa aos programas de financiamento; aplicar os recursos e implementar a política de concessão de crédito, de acordo com os programas aprovados pelos respectivos Conselhos Deliberativos; definir normas, procedimentos e

¹⁶⁰ MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2017, *passim*.

¹⁶¹ MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2017, *passim*.

condições operacionais próprias da atividade bancária, respeitadas, dentre outras, as diretrizes constantes das programações de financiamento aprovadas pelos Conselhos Deliberativos de cada fundo; analisar as propostas em seus múltiplos aspectos, inclusive quanto à viabilidade econômica e financeira do empreendimento, mediante exame da correlação custo/benefício, e quanto à capacidade futura de reembolso do financiamento almejado para, com base no resultado dessa análise, enquadrar as propostas nas faixas de encargos e deferir créditos; formalizar contratos de repasses de recursos com outras instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BACEN); prestar contas sobre os resultados alcançados, desempenho e aplicação dos recursos ao MI e aos respectivos Conselhos Deliberativos; e exercer outras atividades inerentes à aplicação dos recursos e à recuperação dos créditos.¹⁶²

Para o exercício da administração dos FCFs, as instituições financeiras oficiais são remuneradas em até 6% ao ano, mediante o recebimento do Del Credere, incluído nos encargos financeiros cobrados do tomador do empréstimo.¹⁶³

Malgrado haja relativo espaço para que a gestão compartilhada dos fundos defina regras de administração e concessão de créditos, estas que devem ser formalizadas por meio de resoluções das Superintendências Regionais de Financiamento, posto que os agentes operacionais não estão autorizados a agir em desconformidade com as regras e deliberações dos órgãos de gestão.

Ou seja, os administradores das instituições financeiras – elo mais próximo entre o Estado e o beneficiário do crédito –, não têm permissão legal para adotarem práticas de gestão ou atos que extrapolem os limites estabelecidos pela legislação ordinária e resoluções administrativas das Superintendências Regionais de Desenvolvimento, sob pena de serem responsabilizados por improbidade administrativa.

O art. 10, inciso VI da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, define como ato de improbidade administrativa a prática, por agente público, de “[...] realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea [...]”.¹⁶⁴

¹⁶² MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2017, passim.

¹⁶³ BRASIL, 1989, passim.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18429.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Além disso, a tipificação da conduta é igualmente considerada a partir de atos de agentes públicos que possibilitem a pessoa física ou jurídica privada de utilizar bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades públicas (aí incluídos os fundos constitucionais e os próprios bancos estatais), sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (art. 10, inciso II); conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (art. 10, inciso VII); liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular (art. 10, inciso XI); permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (art. 10, inciso XVII); ou celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie (art. 10, inciso XVIII).¹⁶⁵

¹⁶⁵ Art. 10: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; [...]

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Osório acrescenta que a improbidade contempla três espécies de atos detalhados em tipos sancionadores abertos, em branco:

(a) aqueles que comportam enriquecimento ilícito no exercício ou em razão das funções públicas; (b) aqueles que produzem lesão ao erário; (c) aqueles que atentam contra os princípios que presidem a Administração Pública. Qualquer dessas categorias típicas produz lesão aos princípios constitucionais que dominam a Administração Pública e às regras diretamente incidentes à matéria. Os elementos especializantes resultam do enriquecimento ilícito ou da lesão ao erário. O bloco mais geral é o da lesão às normas.¹⁶⁶

Vale dizer que, uma vez definidas as regras de funcionamento e operacionalização dos financiamentos públicos a partir de recursos de FCFs, a atuação dos agentes públicos responsáveis pela administração desses fundos, seja omissiva ou comissiva, deve ser vinculada às normas e regulamentos pré-definidos, sob pena de incorrerem em atos de improbidade administrativa.

4.3.3 Concessão do crédito oriundo de Fundos Constitucionais de Financiamento

Uma das tarefas típicas da mais alta importância e responsabilidade na gestão dos FCFs é a de conceder crédito que, necessariamente, deve observar cinco regras fundamentais: a) enquadramento territorial do empreendimento financiado; b) enquadramento da atividade a

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; [...]

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. [...]

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; [...]

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; [...]

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; [...]

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; [...]

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. [...]

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.”

BRASIL, loc. cit.

¹⁶⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**: observações sobre a Lei 8.429/92. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 92.

ser financiada; c) encargos financeiros a serem aplicados ao financiamento; d) limite de endividamento do tomador do crédito; e) garantias.¹⁶⁷

Pelas regras dispostas na legislação ordinária e regulamentadas pelos atos administrativos emanados da gestão compartilhada dos fundos, os créditos do FNE, FNO e FCO apenas poderão ser utilizados para o financiamento de atividades produtivas nas áreas de abrangência de cada uma das Superintendências Regionais de Desenvolvimento, além do semi-árido brasileiro.¹⁶⁸

Além disso, não é qualquer atividade considerada produtiva que pode ser contemplada com financiamento a custos subsidiados. Apenas atividades produtivas nos setores agropecuário, mineral, industrial, agroindustrial, de empreendimentos comerciais e de serviços poderão ser atendidas pelo financiamento de fundos constitucionais, cujos encargos financeiros e prazos devem obedecer à regra cogente estabelecida pelas normas do CMN, delegação estabelecida pela Lei 10.177/2001.¹⁶⁹

As instituições financeiras operadoras de recursos dos fundos igualmente devem observar os limites de endividamento de cada beneficiário à luz das regulamentações dos Conselhos Deliberativos das Superintendências Regionais de Desenvolvimento e a necessária contratação de garantia.

A concessão de crédito pode ocorrer sob a forma da contratação de uma operação de crédito originária ou por meio de renegociação de dívidas, circunstância em que o gestor do fundo deve seguir as regras estabelecidas nos instrumentos normativos regulatórios. Nesse caso, o caput e o art. 15, inciso VI da Lei 7.827/1989 estabelecem que:

¹⁶⁷ BRASIL, 1989, passim.

¹⁶⁸ BRASIL, 1989, passim.

¹⁶⁹ “Art. 1º: Os encargos financeiros e o bônus de adimplência incidentes sobre os financiamentos de operações de crédito rural com recursos do Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE e do Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO serão definidos pelo Conselho Monetário Nacional, por meio de proposta do Ministério da Integração Nacional, observadas as orientações da Política Nacional de Desenvolvimento Regional e de acordo com os respectivos planos regionais de desenvolvimento [...].

Art. 12-A. Os encargos financeiros incidentes sobre os financiamentos de operações de crédito não rural com recursos do FNO, do FNE e do FCO serão apurados mensalmente, **pro rata die**, considerados os seguintes componentes: [...]”

BRASIL, 2001, op. cit.

São atribuições de cada uma das instituições financeiras federais de caráter regional e do Banco do Brasil S.A., nos termos da lei: [...]

VI - exercer outras atividades inerentes à aplicação dos recursos, à recuperação dos créditos, inclusive nos termos definidos nos arts. 15-B, 15-C e 15-D, e à renegociação de dívidas, de acordo com as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.¹⁷⁰

Seja na contratação de nova operação de crédito, ou na renegociação de dívidas consolidadas, o agente operador do fundo apenas pode exercer juízo de conveniência negocial nos limites estabelecidos pelas resoluções do CMN. Qualquer desvio omissivo ou comissivo da atividade representará ilícito administrativo, podendo caracterizar conduta tipificada por improbidade ou ainda outros tipos penais.

4.3.4 Regras de reembolso aos fundos constitucionais

A devolução de recursos emprestados aos fundos constitucionais, pelas instituições financeiras administradoras é, assim como a concessão do crédito, uma atividade cuja observância às regras normativas se impõe. Como regra geral, os recursos oriundos de FCFs e que foram utilizados para financiamento de atividade produtiva são devolvidos a partir do pagamento, pelos mutuários, das parcelas do empréstimo tomado.

Como toda atividade econômica, contudo, a bancária não é imune às intempéries do mercado e, por vezes, a inadimplência do tomador do crédito termina por comprometer o patrimônio líquido desses fundos. É aí que o banco administrador do crédito deve, por imposição legal, promover os atos e medidas necessários para a reincorporação dos recursos aos fundos, exercendo seu papel constitucional de operador.

Como dispõe a Lei 7.827/1989, até 30 de novembro de 1998, o prejuízo integral decorrente da inadimplência recaía sobre o respectivo fundo. A partir de 1º de dezembro de 1998 até 30 de junho de 2001, a Lei previu que o risco de mercado não poderia ser assumido exclusivamente pelo fundo, mas também pelas instituições financeiras oficiais, razão pela qual a Medida Provisória n. 2196-3, de 24 de agosto de 2001, estabeleceu ser, de cada banco gestor, o risco de crédito limitado a 50%. Nas operações de crédito contratadas a partir de 1º de julho de 2001, entretanto, o risco passou a ser integralmente das instituições financeiras. Assim, o fundo se resguarda contra a inadimplência e transfere o risco integral da atividade ao

¹⁷⁰ BRASIL, 1989, op. cit.

banco administrador, que deve promover o integral reembolso do fundo e, por vezes, suportar o peso do inadimplemento.¹⁷¹

Embora o gestor do crédito tenha certa liberdade para promover a cobrança de tais recursos, valendo-se de instrumentos à disposição no mercado, a Lei 7.827/1989 estabelece algumas diretrizes para essa atividade, notadamente quando a solução encontrada é o ajuste de vontades entrelaçadas em acordos de liquidação e renegociação.¹⁷²

Nesse ponto, a Lei Ordinária confere ao CMN a competência para estabelecer, por meio de resoluções, limites para a renegociações de dívidas, destacando, contudo, que os encargos da renegociação não poderão ser inferiores aos originalmente contratados.¹⁷³

Seja qual for o acordo estabelecido para a renegociação, esse não deve se afastar dos limites estabelecidas pelo CMN, posto que os encargos financeiros originalmente contratados deverão ser mantidos, caso outros mais benéficos aos fundos não sejam utilizados.

Por vezes, entretanto, o Estado possibilita, a eventuais inadimplentes, o parcelamento ou a liquidação integral do saldo devedor em condições especiais, mormente quando há interesse público na arrecadação de recursos ou estímulo adicional à determinado setor da economia. Exemplos não faltam para ilustrar a hipótese, com destaque para as recentes Lei n. 13.340, de 28 de setembro de 2016, e Resoluções do Bacen n. 4.149, de 25 de outubro de 2012, e n. 4.314, de 27 de março de 2014.¹⁷⁴

Seja pelas regras usuais definidas pelo CMN, ou a partir de autorizações legais especiais, como nos casos da Lei 13.340/2016 ou demais resoluções do CMN, o gestor do crédito não poderá agir livremente no exercício da administração à revelia das regras

¹⁷¹ BRASIL, 1989, *passim*.

¹⁷² BRASIL, 1989, *passim*.

¹⁷³ BRASIL, 1989, *passim*.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei n. 13.340, de 28 de setembro de 2016. Autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural; altera a Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 29 set. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13340.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). Resolução n. 4.149, de 25 de outubro de 2012. Define os encargos financeiros e o bônus de adimplência das operações realizadas com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento de que trata o art. 1º da Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, p. 12, 26 out. 2012. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachment/s/49090/Res_4149_v1_O.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). Resolução n. 4.314, de 27 de março de 2014. Autoriza a renegociação de operações de crédito contratadas ao amparo de recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Centro-Oeste (FCO), Nordeste (FNE) e Norte (FNO). **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, p. 18, 31 mar. 2014. Disponível em: <http://sudeco.gov.br/documents/20182/27666/RESOLUCAO+N_+4.314%2C+DE+27+DE+MARCO+DE+2014.pdf/7f8e32d5-506f-446c-9c2e-58160e5146bb>. Acesso em: 21 mar. 2018.

normativas estabelecidas, sob pena de suportar as consequências administrativas e, eventualmente, criminais.

4.4 LEGITIMIDADE PROCESSUAL PARA DEFESA DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO

No âmbito da gestão compartilhada dos FCFs, compete à instituição financeira oficial a promoção das medidas de reembolso dos recursos disponibilizados o que, naturalmente, inclui a de realizar as devidas e necessárias cobranças. Não é apenas direito dos bancos operadores o patrocínio das cobranças, mas, sobretudo, dever.

Dentre as atividades usuais de cobrança, a inscrição dos registros do devedor em órgão de cadastro de inadimplentes, protestos de títulos ou ainda ajuizamento de demandas se apresentam como medidas impostas aos gestores de recursos dos fundos. A omissão do administrador em promover, com presteza e probidade, as devidas cobranças para recomposição do fundo o responsabilizará junto aos órgãos de controle, em destaque o Tribunal de Contas da União (TCU).

Essa legitimidade ativa dos bancos administradores de recursos do FNE, FNO e FCO se fundamenta em dispositivo da própria Lei 7.827/1989 – a qual outorga, às referidas instituições, a administração dos recursos –, e pela natural condição de parte contratante nos instrumentos de crédito firmados com os tomadores.¹⁷⁵

A outorga de legitimidade ativa aos bancos oficiais – para fins de ajuizarem ações na defesa dos direitos dos recursos do FNE, FNO, FCO e Finor –, portanto, é conferida pela própria Lei 7.827/1989, o que remete à regra esculpida no art. 18 do Código de Processo Civil (CPC) – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 –, segundo a qual “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”¹⁷⁶

Muito embora não seja materialmente titular do direito defendido, os bancos operadores de recursos dos FCFs possuem a legitimidade para a defesa do direito alheio, já que assim o permitem o parágrafo único do art. 18 do CPC e a Lei 7.827/1989. Trata-se,

¹⁷⁵ BRASIL, 1989, *passim*.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

portanto, de caso típico de legitimação extraordinária, na modalidade da substituição processual.¹⁷⁷

Sobre o tema, Santos destaca que essa substituição ocorre quando “alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio.” Acrescenta ainda que aquele que litiga na qualidade de substituto processual é parte no sentido processual – diferenciando-o do titular do direito material –, e, seja na posição de autor ou réu, participa em nome próprio.¹⁷⁸

Sendo, dos bancos administradores, a legitimidade para demandarem e serem demandados em juízo, em causas relacionadas aos contratos firmados com recursos do FNE, FNO e FCO, e sendo estes constituídos sob a forma societária de sociedades de economia mista, a competência para o processamento das demandas em que figurarem como parte deverá ser da Justiça Estadual.

Os recursos disponibilizados para a consecução das finalidades sociais e econômicas dos FCFs, como já observado, por vezes são tomados por empresas cujas atividades e posição geográfica atendem ao enquadramento previsto nas suas normas reguladoras.

Os empresários beneficiados com o crédito subsidiado dos FCFs, contudo, não são imunes às crises. Não são raras as situações em que, apesar da facilitação creditícia, o tomador se vê impossibilitado de adimplir os financiamentos tomados com recursos de fundos constitucionais. Neste caso, é dever do gestor promover a devida cobrança, inclusive quando o devedor empresário se vale do instituto da recuperação judicial.

O deferimento do processamento de uma recuperação judicial requerida por um empresário devedor de recursos oriundos de FCFs demanda, da instituição financeira responsável, a adoção de medidas de cobrança, dada sua legitimidade processual para o patrocínio da defesa do crédito, seja para fins de afastá-lo da sujeição dos efeitos do PRJ, seja para fins de habilitá-lo, quando for a hipótese.

¹⁷⁷ BRASIL, loc. cit.

BRASIL, 1989, passim.

¹⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 349.

5 CAPÍTULO 4 – A CRISE DA EMPRESA E O TRATAMENTO JURÍDICO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DOS FUNDOS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Quando um empresário tem deferido o processamento de recuperação judicial, a *vis atractiva* da medida submete os créditos vencidos e vincendos do devedor aos efeitos da recuperação, ainda que nem todos sejam submetidos à possível novação do PRJ.

Invariavelmente, bancos administradores de recursos de FCFs se veem inseridos no processo recuperacional, na qualidade de credores, em razão da existência de créditos no rol dos confessados pelo devedor. Como são os legitimados para a defesa dos créditos oriundos dos fundos de financiamentos, inclusive nas recuperações judiciais, referidas instituições costumam frequentar, com alguma assiduidade, os foros recuperacionais.

O que tem levantado à discussão é qual tratamento esses créditos – e, por necessário dizer, esses credores –, terão na recuperação judicial e se eventual distinção de tratamento poderá caracterizar violação ao *par conditio creditorum*.

5.1 SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A questão prejudicial ao desenlace deste trabalho é superar a discussão acerca da sujeição dos créditos de FCFs ao PRJ. Como já desenvolvido na seção 4.1, os recursos que compõem estes fundos – FNE, FNO e FCO –, são originários de receitas tributárias, especificamente do IPI e IR, à proporção de 3% de 49% do produto da arrecadação, como predispõe a CF/88, em seu art. 149, inciso I, c.¹⁷⁹

Créditos tributários, por sua vez, não podem ser novados no PRJ do empresário por vedação do art. 6º, §7º da LRF, o que suscita uma primeira dúvida acerca da sujeição de créditos de natureza comercial, porém, nascidos a partir de receitas tributárias.¹⁸⁰

A questão se mostra ainda mais delicada diante da norma positivada no art. 71 da LRF, que excepciona créditos de repasses de recursos oficiais dos efeitos do plano especial nas recuperações judiciais de Micro e Pequenas Empresas (MPEs):

¹⁷⁹ BRASIL, 1988, passim.

¹⁸⁰ BRASIL, 2005, op. cit.

Art. 71. O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se á às seguintes condições:

I - abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49.¹⁸¹

A excepcionalidade da não sujeição dos créditos oriundos de repasses oficiais, nos planos especiais para MPEs, não se reproduz quando a recuperação judicial se destina aos empresários que não se enquadrem no conceito de micro e pequeno empresário.

Com efeito, malgrado os créditos oriundos de FCFs tenham, em sua composição, recursos de natureza tributária, a afetação ocorrida com formação dos respectivos fundos os desnatura como de natureza fiscal, tornando-os verbas disponíveis para empréstimos à particulares no âmbito do PNDR.

À medida que a União – amparada por previsão constitucional e seguindo disposição das leis orçamentárias vigentes –, transfere 3% dos 49% da arrecadação tributária de IPI e IR para a constituição do FNE, FNO e do FCO, tais recursos passam a compor o patrimônio dos fundos, na forma prevista na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, cabendo, às instituições financeiras administradoras, a promoção dos investimentos e as devidas cobranças para reembolso, sujeitando-se às regras processuais típicas das pessoas jurídicas de Direito Privado, dado que o BNB, o Basa e o BB são constituídos na forma de estatais exploradoras do domínio econômico.¹⁸²

No exercício de exploração da atividade econômica, os bancos administradores se sujeitam aos riscos naturais do mercado, inclusive na atividade de concessão e administração de créditos oriundos de FCFs. A partir de 2011, inclusive, as instituições financeiras operadoras dos fundos de financiamento passaram a assumir o risco integral das operações de crédito, responsabilizando-se por promover a restituição integral dos recursos emprestados,

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 03 jun. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4320.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Nesse sentido, ainda no âmbito da Constituição Brasileira de 1967, porém, não menos atual, Brito já destacava que as funções estatais do tipo empresarial, para intervenção no domínio econômico, devem ser realizadas através de empresas públicas e sociedades de economia mista, “cujos conceitos jurídicos incumbiram-se de traçar, não somente o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que organiza a Administração federal, mas também a recente Lei das Sociedades Anônimas que as estas nivela as sociedades de economia mista, apesar de ser discutível a possibilidade de nivelar-se interesse privado e interesse público.”

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 114.

independentemente do eventual inadimplemento do tomador, como dispôs a Medida Provisória n. 2.196-3, de 24 de agosto de 2001.¹⁸³

A paridade de tratamento das estatais exploradoras de atividade econômica com as demais sociedades empresárias de natureza privada conduz os créditos oriundos dos fundos constitucionais para a natural sujeição aos PRJs eventualmente aprovados pela AGC, sujeição imposta a todo e qualquer credor privado. Se os referidos créditos podem ser contratualmente novados pelas autorizadas renegociações junto aos bancos administradores, não haveria motivo para excepcionar sua sujeição à novação constituída pelo PRJ, possibilitando que o legitimado exerça seus direitos de credor no curso do processo, seja habilitando, divergindo ou mesmo votando a aprovação ou rejeição da proposta do devedor.

No que tange aos planos especiais previstos para a recuperação judicial das MPEs, contudo, há regra expressa de afastamento do crédito de repasses oficiais dos efeitos provocados pela novação, muito embora a exceção de sujeição não guarde qualquer relação com a natureza fiscal dos recursos que a constituíram. A formação do fundo de financiamento afeta os recursos tributários que o compõem a certas finalidades específicas e, por essa razão, o afastamento de créditos de repasses oficiais dos planos especiais de recuperação das MPEs não segue a regra dos créditos tributários, posto que se configura como uma mera opção legislativa.

Quando da apresentação do Projeto de Lei Complementar (PLC) 71/2003, de iniciativa da Presidência da República e que viria a ser consolidado na Lei 11.101/2005, o tratamento da recuperação das MPEs estava regulado no Capítulo VII – Do Procedimento Especial da Recuperação Judicial e Falência de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, art. 181, §4º do texto original do PLC.

Para a os planos especiais de recuperação das MPEs, a proposta era de que apenas se excetuariam, à sujeição, os créditos de natureza tributária, remetendo as possibilidades de pagamento destes às formas legais previstas na legislação tributária específica, como os parcelamentos pré-existentes ou os programas especiais criados pelos entes federativos.

¹⁸³ BRASIL. Medida Provisória n. 2.196-3, de 24 de agosto de 2001. Estabelece o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais e autoriza a criação da Empresa Gestora de Ativos - EMGEA. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2196-3.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Art. 181. A recuperação judicial, solicitada pelo devedor e homologada pelo juiz, consistirá no parcelamento automático dos valores dos débitos existentes no momento da sua solicitação, devendo todos os credores ser pagos em até trinta e seis parcelas mensais, iguais e sucessivas. [...]

§ 4º Os débitos tributários não se sujeitam ao parcelamento previsto neste artigo, devendo ser pagos na forma da legislação específica.¹⁸⁴

Ou seja, em um primeiro momento, o legislador não quis prever qualquer excepcionalidade à sujeição dos créditos relacionados aos repasses oficiais nos PRJs, mas apenas aos créditos tributários.

Com a apresentação de texto substitutivo ao PLC original, ocorrido na reunião da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado de 13 de abril de 2004 – o qual incorporou, integralmente ou parcialmente, 31 emendas iniciais –, o tratamento legal conferido aos planos especiais de recuperação judicial para MPEs passou a ser tratado no Capítulo III, Seção V, art. 71, o qual restringiu a abrangência do PRJ aos créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais e os previstos nos § 3º e 4º do art. 49 do então PLC, que viria a se consolidar na Lei 11.101/2005.¹⁸⁵

Quis o legislador evitar o cometimento de abusos por parte de dirigentes de MPEs a partir de uma exagerada corrida em busca de recuperações judiciais, o que abalaria o mercado, traria insegurança jurídica nas relações e aumentaria, por via de consequência mercadológica, o custo do crédito a esse importante vetor da atividade econômica nacional.

Dessa forma foi que se optou por manter a regra estabelecida na antiga concordata, limitando-se a sujeição dos créditos quirografários aos planos especiais das MPEs, excetuando-se, ainda, os créditos decorrentes de repasses de recursos oficiais. De relatoria do Senador Ramez Tebet, o Parecer n. 534, de 2004, deixa bastante clara a intenção do legislador ordinário:

¹⁸⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, ano 58, n. 176, p. 33866-33900, 29 out. 2003. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=29/10/2003&paginaDireta=33866>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 33895-33896.

¹⁸⁵ SENADO FEDERAL. **Parecer n. , de 2004**. Da COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS, sobre o PLC n. 71, de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Relator: Senador Ramez Tebet. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3499286&disposition=inline>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Por não passar pelo crivo da assembléia geral de credores que pode, além de analisar a viabilidade do plano, levar em consideração a boa-fé e a seriedade com que o devedor trata suas obrigações, a recuperação judicial com base no plano especial que propomos precisa estar sujeita a limitações e requisitos mais rigorosos, a fim de evitar o abuso pelos devedores. Por isso é que se prevê forma rígida e prazo de oito anos entre uma concessão e a seguinte. Se não houvesse essa previsão, as empresas poderiam, nos termos do art. 47, II, independentemente da concordância dos credores e com o pálio da lei, passar três anos e meio em recuperação judicial e somente um ano e meio em atividade regular, até pedir nova recuperação, em um círculo vicioso nocivo ao processo econômico, agredindo o interesse social por meio do uso oportunista contumaz de um remédio extremo.¹⁸⁶

O Parecer 534/2004 ainda justificou a não sujeição de créditos não quirografários – e, nesse mesmo sentido, aos créditos de repasses de recursos oficiais –, como “proteção” às MPEs à medida que se buscaria evitar o aumento do custo do crédito bancário. Pela inteligência do legislador ordinário, a inclusão de créditos não quirografários no plano especial da MPE poderia ensejar em aumento do risco do mercado, risco que poderia ser convertido em majoração do custo creditício.

Saliente-se, ainda, que a inclusão de créditos não quirografários e a maior flexibilidade nos termos do plano especial ao contrário do que pode parecer em um exame desatento e ingênuo do assunto traria prejuízo, e não benefício, às micro e pequenas empresas, pois o risco envolvido em qualquer negócio realizado com elas seria sobremaneira agravado na avaliação do mercado. Dessa forma, os pequenos teriam o custo do seu crédito aumentado significativamente ou simplesmente perderiam acesso ao financiamento de sua atividade.¹⁸⁷

Portanto, a não sujeição de recursos de repasses oficiais nos planos especiais de recuperação judicial das MPEs não decorreu de impedimento constitucional, mas de simples decisão legislativa que, a propósito de “beneficiar” o custo do crédito de tais entidades, as impossibilitou de tentar renegociar, pela via da recuperação judicial, créditos desta natureza.

Embora o dispositivo tenha sido assim positivado, a excepcionalidade do inciso I do art. 71 da Lei 11.101/2005, no tocante aos créditos de repasses de recursos oficiais – aí incluídos os créditos decorrentes de FCFs –, não se afigura alinhada com o princípio constitucional de tratamento diferenciado e favorecido à MPE na forma da previsão do art. 179.¹⁸⁸

O que se percebe é uma verdadeira restrição ao acesso da MPE aos benefícios da novação proporcionada pela recuperação judicial, sem isso ser decorrente de qualquer

¹⁸⁶ BRASIL. Parecer n. 534, de 2004. Relator: Senador Ramez Tebet. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, n. 95, p. 17857-17908, 10 jun. 2004. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/PublicacoesOficiais#>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 17868.

¹⁸⁷ BRASIL, loc. cit.

¹⁸⁸ BRASIL, 1988, passim.

impeditivo constitucional, o que representa uma violação aos princípios protetivos fixados na Carta de 1988. Essa violação fica ainda mais evidente à medida que o legislador ordinário vinculou tais créditos aos PRJs das empresas não constituídas como micro e pequenas, denotando um evidente tratamento diferenciado, porém, em desfavor de quem deveria ser beneficiado.

A inconstitucionalidade do dispositivo que retira, da recuperação judicial, os créditos de repasses de recursos oficiais das MPEs, além de se fundar na inobservância do necessário tratamento diferenciado e favorecido a tais empresários, ainda tem respaldo na violação à isonomia.

Não há razoabilidade na não sujeição de recursos de repasses oficiais aos PRJs, seja das empresas regulares, seja das MPEs. Em muitos casos, justamente pelo alto custo do crédito, microempresários sediados em regiões do país atendidas por programas de incentivos ou financiamentos subsidiados – como o FNE, o FCO ou o FNO –, se valem, como principal insumo de suas atividades, dos créditos oriundos destes fundos constitucionais. A impossibilidade de abarcar tais créditos em uma recuperação judicial seria o mesmo que criar, na lista do art. 2º da Lei 11.101/2005, mais uma espécie de empresário excepcionado do acesso à recuperação judicial, qual seja, os micro e pequenos empresários que possuem débitos decorrentes de repasses oficiais.

Não por outra causa que muitas MPEs, quando instadas a requererem recuperação judicial, abrem mão da possibilidade de aderirem ao plano especial do art. 71 e optam por se submeterem ao procedimento previsto na recuperação judicial das demais empresas, justamente face ao cunho prejudicial da suposta norma protetiva.¹⁸⁹

Retornando ao PLC 71/2003, percebe-se que não foi intenção do legislador, no âmbito dos planos de recuperação de empresas não constituídas como MPEs, proteger referidos créditos do ataque inovativo promovido pela recuperação judicial.

Durante a tramitação do referido projeto no Senado, foi apresentada, pelo então Senador Demóstenes Torres, a Proposta de Emenda n. 85, a qual propunha considerar “[...] como créditos extraconcursais as multas ambientais e os depósitos do [Fundo de Garantia do Tempo de Serviço] FGTS.”¹⁹⁰ Embora consistam em recursos de fundo especial para a

¹⁸⁹ BRASIL, 2005, *passim*.

¹⁹⁰ BRASIL, 2004, *op. cit.*, p. 17858.

garantia do trabalhador – portanto, não se confundindo com fundos de financiamento de que trata esse trabalho –, a natureza da sujeição ao processo recuperacional é a mesma.

Nas conclusões do Parecer n. 534/2004, que foram aprovadas pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, multas contratuais, ambientais e depósitos de FGTS deveriam ser exigidos na recuperação judicial em razão de que os empresários beneficiados pelo deferimento do processamento da medida devem permanecer exercendo normalmente suas atividades, o que inclui se responsabilizarem pelo pagamento das penalidades e dívidas junto ao FGTS.

Não concordamos com a inexigibilidade, na recuperação judicial, de multas contratuais, penais ou administrativas, como propõe a **Emenda n. 84**, pois, diferentemente da falência, as atividades do empresário ou da sociedade empresária continuam normalmente no processo de recuperação. Se houve infração legal ou contratual, o responsável deve arcar com o pagamento da multa prevista, caso contrário a recuperação judicial pode servir como expediente para o infrator se livrar de suas obrigações. Além do mais, o argumento segundo o qual não se deve dar tratamento diferenciado à matéria na falência e na recuperação judicial não mais pode prosperar, já que, conforme o art. 83, VI, do Substitutivo, as multas são exigíveis também na falência, logo após os créditos quirografários e à frente dos créditos subordinados.

Analogamente, está prejudicada a **Emenda n. 85**, pois as multas ambientais e os depósitos do FGTS serão exigíveis na falência, já que incluídos na classificação do art. 83 do Substitutivo.¹⁹¹

Pelas mesmas razões, deve-se entender que os créditos decorrentes de FCFs – desde que preexistentes ao PRJ e não estejam garantidos na forma do art. 49, §3º da LRF –, são regularmente sujeitos aos efeitos dos PRJs de empresas não caracterizadas como micro ou pequenas, ou ainda sujeitos ao plano especial das MPes, face à inconstitucionalidade do art. 71, inciso I da Lei 11.101/2005.¹⁹²

Naturalmente que, tratados como regulares os credores sujeitos aos efeitos do plano aprovado, seja ele especial ou não, os titulares de créditos oriundos de FCFs são igualmente afastados da recuperação judicial do empresário devedor quando suas garantias à proteção da sujeição, na forma do art. 49, §3º da Lei 11.101/2005.¹⁹³

Assim como qualquer outro credor, bancário ou não, as instituições oficiais titulares de créditos decorrentes dos fundos de financiamento não irão se submeter aos efeitos do plano caso seus créditos estejam amparados pelas exceções normatizadas pelo referido dispositivo, como as garantias constituídas por propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis ou por

¹⁹¹ Ibid., p. 17877, grifo do autor.

¹⁹² BRASIL, 2005, passim.

¹⁹³ BRASIL, 2005, passim.

arrendamento mercantil; ou ainda se o referido crédito decorrer de promessa de compra e venda de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, contrato de venda com reserva de domínio ou importância devida em adiantamento de contrato de câmbio, como dispõem os §3º e 4º, art. 49 da Lei 11.101/2005.¹⁹⁴

5.2 CLASSIFICAÇÃO DE CREDORES ADMINISTRADORES DE CRÉDITOS DO FNE, FCO E FNO

As instituições financeiras administradoras de recursos de FCFs – exercentes de atividade empresarial bancária e titulares da legitimação processual extraordinária para defesa de créditos decorrentes de tais fundos –, devem se submeter aos efeitos da recuperação judicial e do plano aprovado. Assim é que os referidos bancos participam, para efeitos de classificação de seus créditos, como todo e qualquer credor da empresa recuperanda. Devem, portanto, submeter-se à ordinária classificação de crédito prevista no art. 41 da LRF, dependendo, portanto, da existência ou qualidade da garantia de que são titulares.

Desde a edição da LC n. 147, de 07 de agosto de 2014¹⁹⁵, o art. 41 da Lei 11.101/2005 passou a contar com quatro classes de credores que, divididos para fins de deliberação e constituição de comitê, exercerão o poder decisório sobre a sorte do devedor, sendo divididos em:

- I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho;¹⁹⁶
- II – titulares de créditos com garantia real;
- III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

¹⁹⁴ BRASIL, 2005, passim.

¹⁹⁵ BRASIL. Lei Complementar n. 147, de 07 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis n. 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 08 ago. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp147.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁹⁶ Em julgamento ocorrido no STJ, aquele tribunal reconheceu, como pertencente à classe I, créditos de honorários advocatícios sucumbenciais sujeitos ao plano. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. 1377764/MS. Recorrente: Infinity Agrícola S/A (em recuperação judicial). Recorrido: Agropecuária Maragogipe Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 ago 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1377764&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 mar. 2018.

IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.¹⁹⁷

Originalmente constituída com previsão de reunião de credores em apenas três classes, as quais aglutinam, em cada uma, titulares de créditos de mesma natureza – sendo este, portanto, o critério da classificação –, a LRF passou a regular a existência de uma quarta classe de credores, malgrado formada não em face da qualidade do crédito, mas pela qualidade do credor. O art. 5º da LC 147/2014 alterou o art. 41 da Lei 11.101/2005 para, acrescentando o inciso IV ao dispositivo, estabelecer a criação da classe “IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.”¹⁹⁸

Ressalvada a desarmonia legislativa do art. 26 – que trata dos membros do comitê de credores –, com o art. 41¹⁹⁹ e a possível não sujeição de certos créditos à luz das hipóteses dos parágrafos do art. 49 da LRF, credores titulares de créditos oriundos de FCFs deverão ser classificados como credores com garantia real ou quirografários, a depender da espécie da sua garantia, posto que não se afigura como possível qualquer interpretação que os inclua nas classes I ou IV.

Não estando amparado, portanto, por garantias especiais previstas no art. 49 da LRF e não sendo objeto de qualquer um dos instrumentos contratuais que afastam a sujeição ao PRJ, créditos decorrentes de fundos de financiamento estarão submetidos aos efeitos do plano de recuperação e, desse modo, serão atingidos pela novação.

5.3 AUTONOMIA DA VONTADE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA NA GESTÃO DE RECURSOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS

Créditos oriundos de FCFs devem ser, em regra, sujeitos aos efeitos do PRJ. Por serem constituídos como estatais exploradoras da atividade econômica, os agentes financeiros legitimados para a defesa de tais créditos devem se sujeitar ao regime próprio das empresas

¹⁹⁷ BRASIL, 2005, op. cit.

¹⁹⁸ BRASIL, 2014, op. cit.

¹⁹⁹ O art. 26 da LRF estabelece a composição do Comitê de Credores, prevendo a representatividade, na Classe I, de 1 representante indicado pelos credores trabalhistas; na Classe II, de 1 representante indicado pelos credores quirografários e com privilégios gerais; e na Classe IV, de 1 representante indicado pelos credores microempresas e empresas de pequeno porte. Atendo ao aparente erro na elaboração da Lei, Bezerra Filho sugere que a jurisprudência firme entendimento de que o Comitê de Credores passe a apresentar as classes na forma do art. 41, “sob pena de se negar representação, no Comitê, aos credores por acidente de trabalho e aos credores subordinados, não contemplados no artigo 26.”
BEZERRA FILHO, op. cit., p. 138.

privadas e, assim, deverão – observadas as específicas limitações legais para a renegociação de créditos desta natureza –, arcar com sua parcela na socialização do prejuízo da recuperanda. Essa conclusão fica ainda mais clara a partir da hipótese de outorga da administração desses fundos a instituições privadas, na forma da previsão do art. 9º da Lei n. 7.827/89.²⁰⁰

No exercício da administração de recursos do fundo, a instituição financeira administradora – cujo contratante do crédito tem sua recuperação judicial processada –, se vê na obrigação de promover a defesa desses recursos, seja para buscar reconhecimento judicial da sua não sujeição aos efeitos do PRJ – hipóteses do art. 49, §3º e 4º da Lei 11.101/2005 –, seja para habilitá-lo de forma adequada na busca da melhor negociação possível no plano de recuperação.²⁰¹

As tratativas negociais para a novação das obrigações do devedor têm início desde quando o processamento da recuperação judicial é deferido na forma do art. 52 da LRF.²⁰² É a partir das primeiras impressões do devedor, junto aos credores, que este elabora ou ajusta seu plano de recuperação, de modo a angariar o número suficientes de votos para aprovação.

Como prevê o art. 45 da LRF, essa aprovação dependerá da manifestação positiva de vontade da coletividade de credores reunidos em assembleia, aí incluído o voto do credor titular de créditos oriundos de FCFs. Em se tratando de uma coletividade, a soma das vontades individuais será considerada a partir da verificação de um determinado quórum, em votos computados por cada uma das classes de credores existentes na forma do referido dispositivo.²⁰³

O plano apenas será aprovado, em sua forma ordinária, se obtiver aprovação de todas as classes de credores. Internamente, cada classe de credores deve realizar a apuração de seus votos, de modo que o plano apenas será considerado aprovado, nas Classes I e IV, caso obtenham mais da metade de votos favoráveis dos credores presentes; e nas Classes II e III caso obtenham mais da metade de votos favoráveis dos credores presentes e, cumulativamente, dos credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à AGC.²⁰⁴

²⁰⁰ BRASIL, 1989, *passim*.

²⁰¹ BRASIL, 2005, *passim*.

²⁰² BRASIL, 2005, *passim*.

²⁰³ BRASIL, 2005, *passim*.

²⁰⁴ BRASIL, 2005, *passim*.

Cada credor, no exercício de manifestação da sua autonomia privada, é livre para negociar seu crédito e votar as eventuais alterações, rejeição ou aprovação do plano de recuperação proposto pelo devedor. Tratando-se, em regra, de direito disponível, nada impede que o credor aceite as condições de renegociação propostas pelo devedor, ainda que tais representem uma relevante redução do quantum devido. Diversas são as razões que amparam as decisões dos credores no âmbito de uma recuperação judicial: o temor de uma iminente falência, o risco de cessação da manutenção do fornecimento de produtos e serviços à recuperanda (em muitos casos, único cliente de grande parte dos pequenos fornecedores), dentre outras tantas que apenas dizem respeito à íntima convicção do credor.

Os credores também poderão optar pela rejeição do plano com a abertura do processo falimentar do devedor. Trata-se de um ato legítimo da AGC e faz parte das possíveis consequências do conclave, ressalvadas as eventuais nulidades decorrentes de abusos de votos ou de outros defeitos verificados no curso do procedimento. Ou seja, a aprovação, a alteração ou rejeição do plano consiste no resultado da legítima manifestação de vontade dos credores, sendo que o resultado das deliberações deve seguir com a novação de seus créditos ou com a quebra do devedor.

É a partir da reunião das diversas externalizações das autonomias privadas reunidas na AGC que se extrai uma única “vontade” de contratar: a vontade coletiva. Sacramone acrescenta que a vontade da coletividade é a pluralidade de declarações individuais dos indivíduos, ressaltando que somente o homem pode manifestar vontade²⁰⁵, apoiando-se no ensinamento de Ferrara, segundo o qual a formação da vontade coletiva somente poderia ocorrer a partir de uma abstração jurídica.²⁰⁶

Na recuperação judicial, ao votar a proposta de novação apresentada pelo devedor, a liberdade do credor se apresenta como um atributo inviolável. Embora não se possa garantir que o resultado da deliberação assemblear coincida com o específico interesse do credor, o exercício da autonomia privada sempre deverá ser respeitado para garantir a regularidade do processo e a isonomia entre as partes. “Ganhando ou perdendo”, o credor deverá ter seu direito de participar das deliberações, externalizando suas impressões acerca do plano de recuperação, seja por meio da objeção prevista no art. 55 da LRF, seja no exercício do direito

²⁰⁵ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Ato de preenchimento de órgão de administração**: natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade anônima. 2012. 223 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18022013-111713/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

²⁰⁶ FERRARA, 1915, p. 215 apud SACRAMONE, 2012.

à voz e voto na AGC, ou ainda mediante interposições de medidas judiciais protetivas do crédito previstas na legislação ordinária.²⁰⁷

Malgrado o fato de a autonomia privada consistir no principal atributo de defesa de crédito no PRJ, esta não poderá ser considerada absoluta. Desde quando o Direito Privado passou a ser entendido à luz de princípios constitucionais, teorias como a que reconhece o abuso de voto passaram a ganhar destaque de modo a evitar que determinado credor, empunhando a arma do voto, produza efeitos nefastos para o devedor sem que, com isso, sua situação processual ou material seja melhorada. Em muitos casos, o reconhecimento da nulidade do voto, por evidente abuso, é uma medida que se impõe para trazer de volta a recuperação judicial aos trilhos da legalidade.

No caso das instituições financeiras oficiais gestoras de recursos de FCF, em geral, essa liberdade conferida aos credores é igualmente limitada à observância de preceitos constitucionais e legais. Assim, bancos públicos gestores de FNE, FCO e FNO devem exercer a defesa dos referidos créditos se valendo das ferramentas processuais disponíveis na LRF, observada a impossibilidade de agirem com abuso de direitos ou, ainda, com violações à legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, mesmo sob a justificativa de estarem promovendo a legítima defesa dos seus créditos.

Diferentemente dos credores privados em geral, as restrições de atuação deste credor incluem as vedações de renegociações e disposições sobre os créditos que administram. Enquanto que um credor privado propriamente dito tem a possibilidade de dispor livremente de seu crédito, inclusive para abdicá-lo em prol da recuperação, o credor administrador do FNE, do FNO e do FCO não possui tal liberdade, devendo agir nos estritos limites das possibilidades dispostas nos respectivos regramentos legais.

A Lei 7.827/89 é bastante objetiva em relação às restrições de atuação do gestor dos recursos de FCFs. Em seu art. 15, inciso VI, a norma prevê, como uma das atribuições das instituições financeiras federais, a atividade de promover a “[...] renegociação de dívidas, de acordo com as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.”²⁰⁸ Na sequência, o §1º do mesmo art. 15 foi ainda mais incisivo, e até mesmo redundante ao determinar que:

²⁰⁷ BRASIL, 2005, passim.

²⁰⁸ BRASIL, 1989, op. cit.

O Conselho Monetário Nacional, por meio de proposta do Ministério da Integração Nacional, definirá as condições em que os bancos administradores poderão renegociar dívidas, limitando os encargos financeiros de renegociação aos estabelecidos no contrato de origem da operação inadimplida.²⁰⁹

Nesse sentido, assim como o eventual ato de proteção do crédito pode ser anulado por reconhecida abusividade, aquele praticado pelo credor administrador de FCF que visa “colaborar com a recuperação”, porém, a partir de violação das regras positivadas nas leis regulamentadoras de cada fundo e nas resoluções do CMN – normas que definem as condições de renegociação dos débitos de valores tomados juntos ao FNE, ao FNO e ao FCO –, igualmente pode ser desconstituído em exercício judicial de controle de legalidade.

Desde que haja previsão de norma permissiva de renegociação de dívidas decorrentes de financiamentos tomados junto aos citados FCFs, não se olvida acerca da existência de um direito subjetivo do devedor em ver suas obrigações renegociadas, atendidas as exigências legais previstas. No PRJ, do mesmo modo, é direito do devedor, por meio do plano, renegociar suas dívidas junto às instituições financeiras, sendo este um dos fundamentos que justificam a sujeição dos referidos créditos aos efeitos do contrato novativo.

Quando uma determinada classe de credores possui, dentre seus integrantes, um titular de créditos oriundos de FCFs, não se pode falar em livre exercício da autonomia privada para a formação do PRJ. O credor titular de recursos oriundos de FCFs não é absolutamente livre para dispor sobre o crédito administrado, devendo seguir estritamente as regras de Direito Público dispostas na legislação de regência para o regular exercício da gestão de referidos recursos. Sua atuação contratual, portanto, é de natureza vinculada.

Embora sejam constituídos como sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica – e, assim, sujeitem-se ao regime próprio das empresas privadas –, as instituições titulares de créditos decorrentes dos referidos fundos estão vinculadas a diversas regras típicas de pessoas jurídicas de Direito Público. Assim, por exemplo, sujeitam-se à Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo observar os procedimentos licitatórios para contratação de bens ou serviços – conforme o Acórdão n. 920/2007 do TCU²¹⁰ –, não estando submetidas ao procedimento falimentar e nem sendo legitimadas a requererem recuperação

²⁰⁹ BRASIL, loc. cit.

²¹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão n. 920/2007**. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS). Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, 23 maio 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1565420043.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

judicial – conforme o art. 2 da Lei 11.101/2005²¹¹ –, devendo observar a necessidade de contratação de empregados mediante concurso público – conforme o art. 37 da CF/88²¹² –, e também, se submetendo à rigidez da vontade administrativa, mitigando a autonomia empresarial de seus administradores. Sobre a vontade administrativa, Franco Sobrinho informa que:

A vontade administrativa, quando querida e coordenada, não se consoma com base no arbítrio. Daí a necessidade dos elementos que integram na unidade de um determinado ato, ato esse sujeito a determinantes subjetivas e objetivas que limitam a livre manifestação ou que estabelecem deveres de uma parte e de outra.²¹³

Os gestores do FNE, FNO e FCO não atuam no exercício empresarial com a autonomia típica das instituições privadas, realizando a alocação de recurso do modo que entenderem ser mercadologicamente mais vantajoso, pois devem observar as diretrizes da aplicação, do reembolso e também da renegociação.

A Lei 7.827/89 e as diversas resoluções do CMN/Bacen possibilitam a renegociação dos débitos do FNE, FNO e FCO, observados os limites e parâmetros definidos na legislação de regência. Em uma situação de inadimplência comum, sem o socorro da recuperação judicial, a novação contratual poderá ser realizada entre mutuário devedor e instituição financeira oficial, desde que tais limites sejam observados; não seria razoável interpretar a eventual impossibilidade de que tais renegociações sejam formalizadas no âmbito de um PRJ.

Se a vontade coletiva, enquanto abstração jurídica, é formada pela soma das vontades individuais, ou pela pluralidade de declarações individuais de cada membro da assembleia, então a fração de indisponibilidade relacionada aos créditos decorrentes dos FCFs será reproduzida, em alguma medida, à coletividade.

5.4 A (IN)EFICÁCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA NA APROVAÇÃO DE PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL FACE AOS CRÉDITOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS

No curso de uma recuperação judicial, as habilidades negociais das partes envolvidas podem construir o caminho para a necessária aprovação do plano, permitindo, assim, a

²¹¹ BRASIL, 2005, *passim*.

²¹² BRASIL, 1988, *passim*.

²¹³ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Do princípio da moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 247-252, 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45635/47604>>. Acesso em: 21 mar. 2018. p. 249.

preservação da atividade. A criatividade do devedor em propor ou adaptar seu plano às exigências dos credores, aliada às concessões admitidas por estes visando minorarem suas perdas, ditam o ritmo da recuperação judicial.

No caso das tratativas recuperacionais que envolvam créditos decorrentes de FCFs, no entanto, a ginástica negocial nem sempre evolui para uma solução criativa desenhada a partir do livre exercício da autonomia privada. A vinculação do credor às regras cogentes de renegociação impossibilita a concordância de propostas que não se coadunam com os limites estabelecidos nas resoluções do CMN, situação em que muitas vezes não resta outra alternativa para este senão votar contrariamente à aprovação do plano.

A realidade prática é que, quando instados a se manifestar sobre uma proposta de plano que extrapole as limitações normativas, o credor titular de créditos oriundos do FNE, FNO ou FCO conforta-se com o exercício do voto contrário muito mais como medida de autoproteção – já que, sobre aquela matéria, não dispõe de liberdade negocial –, do que como manifestação fundada em análise mercadológica. Ainda que o negócio oferecido se mostre vantajoso do ponto de vista econômico – considerando a otimização de prejuízos –, porém, desautorizado pelos atos normativos vigentes, o agente público constituído para decidir a posição do credor na recuperação não encontra outra saída senão a rejeição da proposta.

Tal comportamento não se coaduna com a interpretação teleológica do sistema de conclave estabelecido pela LRF. O direcionamento do voto de cada credor, conferido a partir de sua íntima convicção acerca da viabilidade da empresa e interesses particulares, deve ser, sempre, uma escolha. Quando um determinado credor não possui liberdade para votar de uma ou de outra maneira, seu eventual voto contrário termina por contaminar a deliberação por desequilíbrio na apuração dos votos, tenha ele aprovado ou rejeitado o plano.

A questão que desafia resposta é, exatamente, quais os efeitos de uma eventual aprovação do PRJ em que haja redução de crédito do FNE, FNO ou FCO, em desacordo com as normas legais definidoras dos critérios mínimos de renegociação. E, indo mais além, se existem efeitos distintos na hipótese dessa aprovação contar com voto favorável ou contrário do citado credor.

5.4.1 Novação recuperacional e concessão da recuperação judicial

O resultado exitoso de uma recuperação judicial passa, necessariamente, pela novação das obrigações do devedor que estarão sujeitas aos efeitos do plano. A novação figura, assim,

como uma das mais relevantes medidas para a preservação da atividade econômica afetada pela crise.

Os arts. 360 a 367 do CC/2002 regulam o instituto da novação, tratando-o como modalidade de extinção das obrigações que admite três espécies²¹⁴: a novação objetiva, consistente na substituição da obrigação originária por uma nova; a novação subjetiva, entendida quando o devedor originário é substituído por um novo devedor, ficando aquele desobrigado com o credor; e ainda a novação mista, quando há mudança do credor e do devedor, como também apresentam Brandão e Mafra.²¹⁵

Em seu art. 59, a LRF também positivou a novação no âmbito da recuperação judicial, determinando que “o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.”²¹⁶

Lobo pontua que a novação ocorrida na recuperação judicial, e cuja previsão é destacada no art. 59 da LRF, pode ser tanto a objetiva quanto a subjetiva.²¹⁷ Fábio Ulhôa Coelho acrescenta que essa novação será sempre condicional,²¹⁸ posição compartilhada por Ayoub e Cavalli ao subordiná-la a uma condição resolutiva.²¹⁹

Decerto que a novação legal inaugurada na LRF não se confunde com aquela novação contratual prevista e regulada pelos arts. 360 a 367 do CC/2002, sendo que Pereira Calças a denomina de novação recuperacional.²²⁰

Diversos aspectos distinguem a novação legal ou recuperacional daquela civil, contratual. A primeira delas é que, na novação recuperacional, a substituição da obrigação original pela nova poderá ocorrer mesmo contra a vontade de determinado credor. Como o resultado da aprovação do plano dependerá da aprovação coletiva, verificado determinado quórum de credores, a novação será aplicada a todos os credores sujeitos aos efeitos do plano, tenham eles concordado ou não.

²¹⁴ BRASIL, 2002, op. cit.

²¹⁵ BRANDÃO, Ana Carolina Cunha; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. A novação na recuperação judicial. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 133-151, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/995>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

²¹⁶ BRASIL, 2005, op. cit.

²¹⁷ LOBO, 2016, passim.

²¹⁸ COELHO, 2016, op. cit., p. 246.

²¹⁹ AYOUB; CAVALLI, op. cit., p. 310.

²²⁰ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação recuperacional. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 115-128, set. 2009.

Outra importante distinção diz respeito à característica condicional da novação recuperacional, na qual os efeitos da substituição da obrigação original dependerão do fiel cumprimento do plano aprovado no período do prazo de supervisão do art. 61 da LRF. Em caso de descumprimento do plano com convalidação da recuperação judicial em falência, a previsão é de reconstituição dos “direitos e garantias nas condições originalmente contratadas.”²²¹

A novação recuperacional ainda se distingue da novação civil à medida que, naquela, as garantias reais e pessoais dos credores se mantém, ainda que os garantidores não participem diretamente do acordo coletivo construído na AGC em torno do plano de recuperação. O art. 50, §1º da LRF define que “na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia” e o art. 49, §1º da referida Lei determina que “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.”²²²

Vale dizer, ainda, que na ocorrência da novação por aprovação do plano – com previsão de supressão de garantia real –, esta dependerá da expressa anuência do credor titular da respectiva garantia, não havendo eficácia da cláusula que a preveja.²²³ Do mesmo modo, avalistas, fiadores ou coobrigados que não participem da formação do plano poderão ser demandados pelas condições originalmente contratadas. É a partir da concessão da

²²¹ BRASIL, 2005, op. cit.

²²² Ibid.

²²³ Embora minoritária, já existe alguma manifestação isolada em sentido contrário. No julgamento do REsp 1532943/MT, a Terceira Turma concluiu ser possível a supressão de garantias reais se estas forem aprovadas pela maioria dos credores presentes na Assembleia Geral. “RECURSO ESPECIAL. CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. POSSIBILIDADE, EM TESE. PREVISÃO DE SUPRESSÃO DAS GARANTIAS FIDEJUSSÓRIAS E REAIS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. VINCULAÇÃO, POR CONSEQUENTE, DA DEVEDORA E DE TODOS OS CREDITORES, INDISTINTAMENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]”

Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.

5. Recurso especial provido.”

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. 1532943/MT. Embargante: Banco do Brasil S/A; Banco Santander (Brasil) S/A; Banco Industrial e Comercial S/A. Embargado: Dibox – Distribuição de Produtos Alimentícios Broker Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1532943&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

recuperação judicial que a novação recuperacional se aperfeiçoa, produzindo seus naturais efeitos. Ayoub e Cavalli acrescentam que:

Em nosso entender, a novação ocorre apenas a partir da homologação judicial do plano, pelas razões seguintes. Um plano de recuperação, ainda que aprovado em assembleia, pode vir a não ser homologado pelo juízo por diversas razões, como a inobservância de regras procedimentais. Por essa razão, aliás, é que o plano meramente aprovado não vincula a todos os credores; há a necessidade de homologação judicial. Por fim, do art. 59 da LRF, que trata da novação, encontra-se imediatamente após o art. 58 da LRF, que trata da concessão da recuperação.²²⁴

Finalizada a AGC com a lavratura e o encerramento da ata que aprovou o plano, caberá ao juiz verificar o cumprimento das formalidades do ato e realizar o necessário controle de legalidade do plano para fins de homologação ou anulação, parcial ou total. Verificada a existência de vícios de legalidade que não comprometam a essência do plano, poderá o magistrado apenas desconstituir a cláusula ou item do plano ilegal, mantendo-o incólume em relação aos demais itens contatados, conforme se extrai do Processo n. 2162636-20.2016.8.26.0000.²²⁵

Entretanto, se a nulidade identificada contamina a estrutura principal do plano, outra sorte este não terá senão a anulação total, com oportunização ao devedor de apresentação de nova proposta, sem os vícios rejeitados pelo Judiciário, como se verifica no Agravo de Instrumento n. 2066682-10.2017.8.26.0000.²²⁶

²²⁴ AYOUB; CAVALLI, op. cit., p. 309-310.

²²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **Processo n. 2162636-20.2016.8.26.0000**. Agravante: Luiz Guilherme Campagnucci Knust. Agravado: Hospital e Maternidade São Sebastião Ltda. (em recuperação judicial). Interessado: Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. (administrador judicial). Relator: Desembargador Cesar Ciampolini. Suzano, 16 mar. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2162636-20.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2162636-20.2016.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

²²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **Agravo de Instrumento n. 2066682-10.2017.8.26.0000**. Agravante: Lanxess Indústria de Produtos Químicos e Plásticos Ltda. Agravadas: Indústrias Arteb S/A; Sian - Sistemas de Iluminação Automotiva do Nordeste Ltda.; Arteb Faróis e Lanternas S/A; Artel Participações Ltda.; Arctris Participações Ltda. e Arthur Eberhardt S/A (todas em recuperação judicial). Relator: Desembargador Fabio Tabosa. São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11001360&cdForo=0>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

5.4.2 A validade dos planos de recuperação judicial que novam créditos oriundos de Fundos Constitucionais de Financiamento

Como espécie de negócio jurídico, o PRJ – e seus eventuais defeitos –, deve ser estudado à luz da teoria dos fatos jurídicos, a partir da análise do plano de existência, validade e eficácia.

Na lição de Pontes de Miranda, compõem o plano de existência todos os fatos jurídicos, assim considerados como a incidência da norma jurídica em um suporte fático. No plano de validade, apenas cabem os fatos jurídicos *lato sensu* (caracterizados pela relevância da vontade no suporte fático) com ausência de vícios que os possam invalidar. No da eficácia, apenas cabem aqueles aptos a produzirem seus efeitos típicos.²²⁷ Desse modo, Nogueira destaca que os fatos jurídicos devem ser estudados a partir da passagem pelos planos do mundo jurídico, mormente em face da possibilidade da concepção de um fato jurídico válido e eficaz (a exemplo de um contrato de compra e venda); fatos jurídicos inválidos e eficazes (como, por exemplo, um casamento putativo); válidos e ineficazes (a exemplo de um testamento antes da morte do testador); ou ainda inválidos e ineficazes (contrato de compra e venda nulo).²²⁸

Como espécie de fato jurídico, o plano de recuperação, após a homologação judicial (verificado em seu plano de existência), promove a novação das obrigações do devedor, efeito que o torna, a princípio, eficaz em face dos créditos a si sujeitos. Tal circunstância, contudo, não o exime de invalidades verificadas decorrentes de defeitos do negócio jurídico travado.

Gomes é categórico ao se referir aos contratos ilícitos como aqueles que se compreendem com violações de leis imperativas, atentatórias aos bons costumes ou à ordem pública. O autor ressalta que aqueles que se concluem a despeito do legalmente proibido não podem produzir efeitos, devendo ainda ser declarada a ineficácia quando, ainda que permitidos, produzam efeitos contrários à lei.²²⁹

No âmbito dos PRJs, o exercício judicial de controle de legalidade por vezes resulta em invalidação do instrumento ou de algumas de suas cláusulas, ou ainda na declaração de ineficácia de suas disposições. Para tanto, inicialmente é necessário identificar a espécie de

²²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsó, 1954.

²²⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

²²⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

contrato ilícito, dentre as modalidades de contrato proibido, contrato imoral e contrato ilegal, como leciona Gomes.²³⁰

O contrato proibido consiste no ajuste de vontade que, embora ilustre relação jurídica validamente travada, atenta contra a ordem pública. Um contrato proibido pode ser reconhecido quando, embora o negócio não seja expressamente vedado, contraria princípios de interesses fundamentais da sociedade, relacionados à ordem econômica e política.

O contrato imoral é aquele que ofende os bons costumes, como, por exemplo, o negócio que obriga uma das partes a adotar comportamento que deveria ser livre de toda coação jurídica (como o exemplo da promessa de adotar alguém).

Já o contrato ilegal – como espécie de contrato ilícito –, consiste naquele caracterizado pela violação de normas imperativas. Tratando-se dos pressupostos e requisitos do contrato (partes capazes, objeto lícito e forma prescrita em lei), eventual inobservância ocasionará, fatalmente, a declaração de nulidade, como finaliza Gomes.²³¹ É o caso dos PRJs que tergiversam regras cogentes dispostas nas resoluções do CMN, modificando, por ajuste privado, encargos, prazos e condições de renegociação de recursos do FNE, do FNO e do FCO que são afetos, exclusivamente, à lei.

Mello destaca que, em geral, a invalidade afeta atos jurídicos que resultam de infração à norma jurídica cogente ou de defeitos na manifestação de vontade.²³² Assim, a eventual violação dos pressupostos de validade do acordo coletivo levará ao reconhecimento judicial da nulidade. A não observação do quórum necessário para a instalação da AGC – ou mesmo daquele necessário para aprovação do PRJ –, ou a inobservância dos requisitos legais para a convocação da AGC, são exemplos de defeitos na constituição do contrato que levam ao reconhecimento da nulidade.

Quando este plano de recuperação, contudo, arvora-se a tratar matéria indisponível, em violação à norma impositiva e cogente, a sanção normativa a ser adotada é da invalidade por nulidade, caso ganhe a chancela homologatória do Poder Judiciário. Nessa senda, deve-se atentar para o fato de que, não obstante a regra geral da ineficácia de atos nulos, a concessão de uma recuperação judicial a partir da homologação de plano que contraria lei impositiva não deixa de gerar efeitos no mundo real. É o que Mello classifica como “eficácia excepcional do

²³⁰ GOMES, 2009, *passim*.

²³¹ GOMES, 2009, *passim*.

²³² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ato nulo.”²³³ Vê-se, por exemplo, que a partir da novação das obrigações do devedor ocorrida com a homologação do plano de recuperação, restrições em cadastros de inadimplentes são canceladas e execuções então suspensas são extintas, efeitos que posicionam o plano num patamar de plena eficácia, apesar do defeito que o eiva de nulidade.

Muitas vezes, um PRJ eivado pelo vício da nulidade tem sua execução iniciada, com realização de pagamentos, constituição de sociedades subsidiárias ou ainda extinção de filiais do devedor, venda de ativos, dentre outros tantos efeitos que devem ser sopesados no reconhecimento da invalidade do ajuste coletivo.

Gomes destaca que, por serem multilaterais as partes e obrigações dispostas em um PRJ, a nulidade de ajuste contratual que afeta um determinado credor ou uma determinada classe de credores pode ser resolvida pelo processo de superposição, mantendo-se o contrato hígido em face das relações jurídicas não afetadas pela nulidade e declarando-se ineficaz a cláusula que contraria preceito imperativo.²³⁴

É o que ocorre, comumente, quando determinado plano de recuperação dispõe acerca de prazo de pagamento de créditos trabalhistas para além do limite temporal previsto no art. 54 da LRF. Nesse caso, a solução adequada – para corrigir a invalidade de modo a preservar a vontade central do plano –, é a superposição da referida cláusula, alterando-a judicialmente para adequação à norma imperativa, como ocorrera no julgamento do Agravo de Instrumento 2010805-51.2018.8.26.0000.²³⁵

Alterações ilícitas de regras de reembolso e renegociação de créditos oriundos de FCFs, com a mesma razão, não devem desafiar a nulidade da integralidade do plano, mas apenas das condições que configuram a ilicitude. Caberá ao Judiciário, portanto, superposicionar a cláusula transgressora pela regra violada, estabelecendo específica condição de renegociação aos créditos especiais que decorrem do FNE, FNO ou FCO.

A solução da superposição não se mostrará eficaz, contudo, na hipótese em que tais créditos especiais representem a integralidade ou relevante parcela do endividamento do devedor. Nessas situações, a declaração de ineficácia das condições de renegociações de

²³³ Ibid., p. 276.

²³⁴ GOMES, 2009, *passim*.

²³⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **Processo n. 2010805-51.2018.8.26.0000**. Agravante: Banco Bradesco S/A. Agravado: Indústria e Comércio de Plásticos Majestic Ltda. (em recuperação judicial). Interessado: Oreste Nestor de Souza Laspro. Relator: Desembargador Araldo Telles. Guarulhos, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI004DWY30000>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

créditos oriundos dos FCFs comprometeria o plano como um todo, uma vez que o desenho recuperacional do ajuste – e, assim, a demonstração de viabilidade –, foi traçado com apoio na proposta de novação, visando, principalmente, os créditos de maior relevância.

O manejo judicial de revisão de cláusulas do plano de recuperação, nesses casos, provocaria radical e significativa alteração nas obrigações do devedor, medida que culminaria na indevida interferência do Judiciário em dar solução ao vício de nulidade ao retirar, do devedor, a possibilidade de propor um novo ajuste com correções das invalidades ou, ainda, optar pela autofalência.

Logo, diante da verificação de PRJs com disposições ilegais de renegociação de créditos oriundos do FNE, FNO ou FCO, poderá o Judiciário superposicionar a cláusula inválida pela norma imperativa, mantendo-se as condições aprovadas para os demais credores ou, diante da relevância de tais créditos no universo do passivo da recuperanda, anular todo o ajuste, intimando-a para que apresente nova proposta sem os vícios que justificaram a anulação do plano.

5.4.3 O aparente conflito entre o princípio da isonomia entre credores e o princípio da legalidade

A superposição de cláusulas do PRJ que contrariem os limites legais para renegociação de créditos oriundos de FCFs certamente fará com que, na referida classe, credores tenham tratamento distinto, levantando aparente conflito entre princípios. Se, por um lado, o princípio da legalidade impede a novação de créditos em desconformidade com a norma imperativa, por outro, evidencia uma possível violação ao *par conditio creditorum*.

Quando o PRJ dispuser, para os demais credores da classe, as mesmas condições previstas na legislação para créditos decorrentes de FCFs, a questão se torna facilmente resolvida, uma vez que não haverá propostas distintas. Não sendo o caso, a observância da legalidade – ao propor o PRJ –, invariavelmente ilustrará um tratamento distinto entre os credores da classe que contiver aqueles administradores de recursos do FNE, FNO ou FCO.

Essa distinção, contudo, não consubstancia um verdadeiro conflito de princípios, notadamente quando se entende, como regra, a norma imperativa definidora dos critérios de renegociação de dívidas de recursos dos FCFs. Assim, estar-se-ia, portanto, diante de uma contraposição entre regra e princípio.

As regras estabelecidas nas normas legais que regulam os critérios de renegociações de recursos dos FCFs, por sua vez, apoiam-se em princípios igualmente orientadores, como o da legalidade e o da supremacia do interesse público, situação que direciona a solução do embate para o necessário exercício da ponderação.

Se, por um lado, o *par conditio creditorum* define regra de tratamento equitativo para os credores de uma mesma classe, vedando qualquer distinção entre estes, por outro, a supremacia do interesse público e o princípio da legalidade estrita informam regra positiva que impede a livre disposição de condições de renegociação de dívidas fundadas em recursos de FCFs.

No entanto, já se concluiu que a observância à isonomia entre credores da mesma classe não deve ser entendida como premissa absoluta, cabendo necessária flexibilização para a acomodação de outros princípios ou regras cuja aplicação se mostrem mais adequadas no caso concreto. É o caso da possibilidade de tratamento especial aos “credores colaboradores” no PRJ, com o propósito de alcançar o princípio da preservação da empresa.

Na hipótese dos “credores colaboradores”, conclui-se não haver qualquer violação ao *par conditio creditorum* à medida que estar-se-ia preservando a igualdade material entre os credores. Por oferecer maior risco ou sacrifício na concessão de novos créditos, ou diante da relevância da manutenção do fornecimento estratégico de insumos necessários à produção empresarial, certos credores podem ser reunidos em subclasses para fins de tratamento diferenciado, dada sua importância.

Os créditos sujeitos ao PRJ, e que são constituídos de recursos do FNE, FNO ou FCO, como demonstrado, exerceram um importante papel desenvolvimentista no ato da sua concessão. A natureza subsidiada dos créditos, com encargos e condições notadamente vantajosas frente aos custos do mercado de crédito privado, consistiu uma valiosa ferramenta para incremento empresarial, mas, ante sua natureza pública, são vinculados às regras impositivas das normas regulamentadoras.

O fundamento da flexão do *par conditio creditorum* para tratamento especial dos créditos oriundos dos FCFs não se limita, contudo, à circunstância de terem funcionado como incentivo empresarial no momento pré-crise – assemelhando-se, em certa medida, ao credor colaborador –, mas, sobretudo, pela imposição normativa – à luz da supremacia do interesse público e da estrita legalidade –, de contratação de renegociação de dívidas nos limites traçados pela lei.

Referida imposição normativa nem sempre decorrerá em benefício ao credor titular de créditos oriundos desses fundos. Em geral, na hipótese de o devedor em recuperação judicial apresentar proposta de pagamento aos credores em condições mais vantajosas que aquelas previstas e autorizadas por leis ou atos normativos do CMN para recursos do FNE, FNO ou FCO, então, esse tratamento especial não traduzirá qualquer vantagem aos administradores desses fundos.

Por outro lado, por serem expressas as regras de concessão, reembolso e renegociação desses créditos, nasce, para a recuperanda, um verdadeiro direito potestativo de exigir, quando em recuperação judicial, a novação dos créditos de FCFs, optando pelas condições de repactuação – disponíveis na legislação –, que melhor se adequem à sua estratégia de renegociação.

5.5 CRÉDITOS ORIUNDOS DE FUNDOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITADORES DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A constatação da sujeição de créditos oriundos de FCFs aos PRJs e a necessária observância dos limites legais de renegociação sugerem a criação de uma nova limitação aos PRJs. Insta ressaltar que essa limitação não se refere ao credor, mas ao crédito por ele defendido. Não é raro que instituições financeiras oficiais – para além da concessão de créditos oriundos desses fundos –, também ofereçam, aos mutuários, produtos bancários de sua carteira interna, como crédito para capital de giro, crédito direto ao consumidor, abertura de crédito fixo ou rotativo, dentre outros tantos produtos bancários à disposição no mercado.

Embora possuam o *munus* de operacionalizar recursos do FNE, FNO e FCO, as instituições bancárias oficiais também atuam no mercado de crédito privado e, por essa razão, costumam agregar outros produtos próprios aos créditos concedidos com recursos desses fundos. Nessa hipótese, estando inserido em um processo de recuperação judicial, a parte do crédito da instituição financeira oficial composta por recursos dos fundos oficiais deverá ser tratada como classe especial, obedecendo os limites de renegociação previstos em norma, enquanto a parcela de crédito sem esse carimbo deverá seguir a sorte dos demais credores, em prestígio ao *par conditio creditorum*.

A legislação recuperacional não dispõe, especificamente, do tratamento de créditos de FCFs nos PRJs, enquanto a jurisprudência brasileira não foi suficientemente provocada a construir entendimento solidificado sobre o tema. Por sua vez, o Projeto de Lei n. 10.220, de

2018 – que propõe a alteração da Lei 11.101/2005, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados –, igualmente silencia, desperdiçando a oportunidade para conferir uma maior segurança jurídica aos processos de recuperação judicial e, com isso, colaborar para a preservação da atividade econômica.²³⁶

De fato, a indisponibilidade da AGC para novar livremente créditos de FCFs se traduz numa clara limitação à autonomia privada e, portanto, aos PRJs entendidos como verdadeiros negócios jurídicos coletivos.

²³⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 10.220, de 2018**. Altera a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1661728.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

6 CONCLUSÃO

Pensar o Direito Recuperacional brasileiro, em todas as suas possíveis nuances, exige constante exercício de pesquisa e confrontação de ideias, teorias e princípios. Como disciplina relativamente nova no ordenamento pátrio, a despeito dos seus descendentes históricos, a recuperação judicial ainda desafia questões sobejamente polêmicas, por vezes amparadas por construções jurisprudenciais ante a ausência de uma firme e segura regulamentação positiva.

Dentre as diversas vicissitudes do processo recuperacional, o presente estudo se propôs a investigar qual o devido tratamento jurídico a ser dispensado às dívidas de empresas recuperandas compostas de recursos tomados junto a FCFs, necessariamente permeando e respondendo as diversas questões orientadoras traçadas.

A partir da mudança de paradigma do Direito da Insolvência brasileiro, iniciado com a CF/88, alimentado com a revogação do Código Comercial de 1850 e a entrada em vigor do CC/2002, e concluído com a edição da Lei 11.101/2005, o ordenamento passou a perseguir, como medida de natureza social, a preservação da atividade econômica como uma forma de solução para a crise empresarial.

Para o alcance dos objetivos recuperacionais, a legislação referente previu a socialização, entre os diversos credores, do prejuízo do devedor empresário atingido por crise econômico-financeira. A partir daí é que o presente trabalho, identificando uma determinada categoria especial de crédito, buscou responder os pontos definidores identificados para a solução do problema proposto.

Os créditos oriundos de FCFs – notadamente o FNE, o FNO e o FCO, administrados por instituições financeiras oficiais e cujas regras de aplicação, reembolso e renegociação são imperativamente definidas em lei ou ato normativo –, por vezes se veem inseridos em PRJs para fins de novação.

O trabalho monográfico destacou que os referidos créditos, a despeito de sua natureza pública, devem estar afetados pelos PRJs, seja porque a renegociação das dívidas, se previstas em norma positiva, consiste em direito potestativo do devedor, ou porque seus titulares (substitutos processuais) consistem em sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica e, portanto, estão sujeitas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas. Assim foi que o estudo evoluiu para a consideração de que créditos existentes e constituídos de recursos do FNE, FNO ou FCO poderão ser novados a partir de uma deliberação coletiva realizada em AGC, após a devida homologação judicial.

A constatação da sujeição desses créditos aos efeitos do PRJ, destarte, deu ensejo a outros tantos questionamentos acerca do seu tratamento no processo recuperacional, ainda mais em face da rigidez legal para aplicação, reembolso e renegociação.

Objetos do recorte utilizado neste estudo e tendo fundamento em norma constitucional, o FNE, o FNO e o FCO foram instituídos pela Lei 7.827/1989 a qual define, juntamente com a Lei 10.177/2001, as suas regras de administração. A necessária observância de determinadas exigências, pelos gestores dos fundos, mitiga a autonomia privada desses agentes para fins de formação de negócio jurídico, impedindo que o credor tenha livre disposição para dar-lhe o destino que melhor entender.

Definiu-se, portanto, que muito embora a referida verba deva ser inserida no rol daquelas afetadas pelo PRJ, seus titulares não possuem ampla autonomia para negociarem novas condições de modo a atender, sem qualquer limitação, a pretensão recuperacional do devedor. Se o titular do crédito não possui ampla autonomia, no âmbito de negociações bilaterais, para dispor acerca de encargos, prazos e condições de renegociações de créditos oriundos de FCFs, a coletividade formada pela AGC igualmente dispõe desta autonomia.

Uma importante premissa construída nesse trabalho consistiu na sedimentação de que, ainda que o processo tenha, como alvo principal, a preservação da atividade econômica, não se pode assumi-lo como princípio absoluto a ser perseguido com a abdicação de outros tantos previstos no Texto Constitucional e na Lei ordinária, tais como a proteção aos trabalhadores, a arrecadação fiscal e o interesse dos credores. Por isso é que os PRJs devem ser construídos pelas partes – devedor e credores –, com atenta observância aos limites gerais e específicos, muitos dos quais expressos no texto legal que regula o processo recuperacional.

Ficou ainda evidenciado que a eventual aprovação de um PRJ depende do voto favorável de um determinado número de credores previamente definidos pela Lei Recuperacional e que irá formar a vontade coletiva, ou vontade da AGC. Como produto da autonomia privada, essa vontade não poderá ser manifestada com apoio em ato ilícito, sob pena de invalidação do negócio. A partir daí, o trabalho se debruçou sobre os efeitos que se verificam a partir da constatação da sujeição de tais créditos às consequências do plano, mas, concomitantemente, de sua disponibilidade limitada para sofrerem alterações novativas, condição especial que os distinguem de outros que compõem a mesma classe.

O direcionamento da resposta à referida questão não implicou em contra posicionar princípios constitucionais, como sugerido dentre as hipóteses básicas inicialmente traçadas. O fato de determinados créditos oriundos de FCFs possuírem limitadores para novação – o que

os diferencia de demais créditos tipicamente privados e habilitados na mesma classe –, não consiste, como previamente sugerido, numa violação ao *par conditio creditorum*.

As condições legais definidas em resoluções do CMN para fins de renegociação de dívidas nem sempre representam uma condição menos favorável que aquelas previstas em determinados PRJs. O plano poderá prever um deságio nos créditos tipicamente privados e prazos de pagamento mais curtos, enquanto as regras imperativas dos fundos poderão permitir um reescalonamento da dívida em um prazo muito superior aos demais, incluindo uma eventual carência, malgrado, circunstancialmente, não permita o desconto proposto.

Se, por um lado, a regra cogente não admite certas condições de novação aos créditos compostos por recursos dos fundos analisados, por outro, há ofertas de possibilidades de renegociação com aplicação de encargos subsidiados e notadamente reduzidos em relação ao mercado privado de crédito, benefício já verificado quando da concessão do financiamento. Assim, a distinção dos créditos em PRJs não representa, necessariamente, desvantagem à recuperanda e, portanto, não viola o princípio da isonomia entre credores, mas busca, para além do alcance da igualdade material, o atendimento aos princípios da estrita legalidade e do interesse público.

Com as definições decorrentes do resultado da pesquisa científica, chegou-se à conclusão de que, em havendo créditos oriundos de FCFs a serem novados por PRJ, o devedor e a AGC, para além dos limites específicos, devem considerar, como um dos limites gerais, os de renegociação à luz das balizas permissivas nas normas infraconstitucionais regulamentadoras dos referidos fundos.

Para tanto, a criação de uma subclasse para fins novativos – contemplando os créditos especiais decorrentes de repasses oficiais –, não violaria qualquer regra ou princípio norteador do processo de recuperação. Tal providência, como destacado em passagem do estudo, já é admitida pela jurisprudência brasileira para possibilitar a distinção de tratamento – malgrado aqui necessariamente de forma vantajosa –, ao “credor colaborador”, entendido como aquele que contribui, com dedicação de esforço adicional, para o alcance do sucesso da recuperação.

Por fim, a pesquisa analisou as possíveis consequências do não atendimento aos ditames legais que limitam a autonomia da vontade coletiva no tratamento de créditos decorrentes de FCFs. Havendo ilicitude do contrato coletivo por violação à lei imperativa, o reconhecimento da invalidade foi a sanção que se mostrou mais adequada. Desse modo, o necessário controle judicial de legalidade nos PRJs deverá atuar para fins de invalidar

cláusulas que violem regras cogentes de administração dos recursos do FNE, do FNO ou do FCO, quando não for a hipótese de se proceder à anulação do plano em sua inteireza.

Como todo o processo deve ser considerado a partir do princípio da preservação da empresa, desde que a essência do plano não seja afetada, as nulidades verificadas poderão ser suprimidas com a manutenção do ajuste no que não for maculado com a ilicitude. É o caso de supressão de determinada cláusula com substituição pela regra legal. Não obstante, caso a remoção da nulidade represente uma alteração significativa ao plano proposto, a lealdade processual e o atendimento à preservação da empresa reclamam que seja oportunizado, ao devedor, a realização do ajuste de sua proposta em um novo plano, descontaminado da ilicitude que deu causa à sua anulação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, [S.l.], v. 104, p. 109, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). Resolução n. 4.149, de 25 de outubro de 2012. Define os encargos financeiros e o bônus de adimplência das operações realizadas com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento de que trata o art. 1º da Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, p. 12, 26 out. 2012.

Disponível em:

<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49090/Res_4149_v1_O.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Resolução n. 4.314, de 27 de março de 2014. Autoriza a renegociação de operações de crédito contratadas ao amparo de recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Centro-Oeste (FCO), Nordeste (FNE) e Norte (FNO). **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, p. 18, 31 mar. 2014. Disponível em:

<http://sudeco.gov.br/documents/20182/27666/RESOLUCAO+N_+4.314%2C+DE+27+DE+MARCO+DE+2014.pdf/7f8e32d5-506f-446c-9c2e-58160e5146bb>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BEVILACQUA, Lucas. Fundos constitucionais de financiamento sob a perspectiva de uma nova política de desenvolvimento regional para o Brasil central. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RDFE)**, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 99-117, set./fev. 2015.

Disponível em:

<<https://redeagu.agu.gov.br/aceso.aspx?token=qbX0gCPnYJlxb5Vc70ORpQ==>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – comentada artigo por artigo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOLTON, Patrick. Toward a statutory approach to sovereign debt restructuring: lessons from corporate bankruptcy practice around the world. **IMF Working Papers**, [S.l.], p. 1-35, Jan. 2003. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Toward-a-Statutory-Approach-to-Sovereign-Debt-Restructuring-Lessons-From-Corporate-16253>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Contrato: do clássico ao contemporâneo – a reconstrução do conceito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, n. 13, p. 29-50, 2006. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/263431081/Contrato-Do-Classico-Ao-Contemporaneo-A-Reconstrucao-Do-Conceito>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRANDÃO, Ana Carolina Cunha; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. A novação na recuperação judicial. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 133-151, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/995>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Decreto n. 6.047, de 22 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Regional - PNDR e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 fev. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6047.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850. Dá o Regulamento aos Tribunaes do Commercio, e para o processo das quebras. **Coleção de Leis do Império do Brasil – 1850**, Rio de Janeiro, v. 1, Parte 1, p. 371, 1850. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-738-25-novembro-1850-560165-publicacaooriginal-82789-pe.html>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890. Reforma o código commercial na parte III. **Coleção de Leis do Brasil – 1890**, [Rio de Janeiro], n. 10, p. 3037, 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-917-24-outubro-1890-518109-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 31 jul. 1945. Revogada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De17661.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 31 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei Complementar n. 124, de 03 de janeiro de 2007. Institui, na forma do art. 43 da Constituição Federal, a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM; estabelece sua composição, natureza jurídica, objetivos, área de competência e instrumentos de ação; dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia – FDA; altera a Medida Provisória n. 2.157-5, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei Complementar n. 67, de 13 de junho de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 04 jan. 2007a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp124.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei Complementar n. 125, de 03 de janeiro de 2007. Institui, na forma do art. 43 da Constituição Federal, a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE; estabelece sua composição, natureza jurídica, objetivos, áreas de atuação, instrumentos de ação; altera a Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, e a Medida Provisória n. 2.156, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei Complementar n. 66, de 12 de junho de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 04 jan. 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp125.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei Complementar n. 129, de 08 de janeiro de 2009. Institui, na forma do art. 43 da Constituição Federal, a Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste - SUDECO, estabelece sua missão institucional, natureza jurídica, objetivos, área de atuação, instrumentos de ação, altera a Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 09 jan. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp129.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei Complementar n. 147, de 07 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis n. 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 08 ago. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp147.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001. Dispõe sobre as operações com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte, do Nordeste e do Centro-Oeste, de que trata a Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 15 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10177.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 17 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 13.340, de 28 de setembro de 2016. Autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural; altera a Lei n. 10.177, de 12 de janeiro de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 29 set. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113340.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 03 jun. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4320.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989. Regulamenta o art. 159, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, institui o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE e o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 28 set. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7827.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 27 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 10 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 21 out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Medida Provisória n. 2.196-3, de 24 de agosto de 2001. Estabelece o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais e autoriza a criação da Empresa Gestora de Ativos - EMGEA. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 ago. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2196-3.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Parecer n. 534, de 2004. Relator: Senador Ramez Tebet. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, n. 95, p. 17857-17908, 10 jun. 2004. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/PublicacoesOficiais#>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo Interno no Recurso Especial n. 1612859/RS. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Decorville Ltda. Relator: Ministro Francisco Falcão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 ago 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1612859&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. _____. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 24.560/RJ. Recorrente: Bomboniere Torcan Ltda (em recuperação judicial). Recorrido: Concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S/A. Relator: Ministro Sérgio Kukina. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=24560&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. _____. Conflito de Competência n. 68.173/SP. Autor: Agri Tillage do Brasil Indústria e Comércio de Máquinas e Implementos Agrícolas Ltda. Suscitado: Juízo da Vara do Trabalho de Matão, São Paulo. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=68173&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. _____. **Informativo de Jurisprudência n. 0506**. Brasília, DF, 04 out. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0506.rtf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. _____. Recurso Especial n. 1302735/SP. Recorrente: Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos. Recorrido: Companhia Metalúrgica Prada. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 05 abr. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1302735&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. _____. Recurso Especial n. 1333349/SP. Recorrente: Luiz Gonzaga Lanzi. Recorrido: Banco do Brasil Mercantil S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 02 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1333349&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. _____. Recurso Especial n. 1377764/MS. Recorrente: Infinity Agrícola S/A (em recuperação judicial). Recorrido: Agropecuária Maragogipe Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 29 ago 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1377764&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. _____. Recurso Especial n. 1532943/MT. Embargante: Banco do Brasil S/A; Banco Santander (Brasil) S/A; Banco Industrial e Comercial S/A. Embargado: Dibox – Distribuição de Produtos Alimentícios Broker Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1532943&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. _____. Recurso Especial n. 1660195/PR. Recorrente: Banco J. Safra S/A. Recorrido: Silva e Silva Construtora Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 10 abr. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1660195&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação recuperacional. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 105, p. 115-128, set. 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei da Câmara n. 71, de 2003. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, ano 58, n. 176, p. 33866-33900, 29 out. 2003. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=29/10/2003&paginaDireta=33866>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. **Projeto de Lei n. 10.220, de 2018**. Altera a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1661728.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Albadilo Silva. Recuperação judicial da empresa com fundamento no princípio da viabilidade econômico-financeira. **Revista Electrónica de Derecho Comercial**, [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://derecho-comercial.com/Doctrina/silvac01.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O credor colaborador na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; SATIRO, Francisco (Coords.). **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p. 103-118.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). Enunciado 43. In: JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2012, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 55. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/view>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. **Enunciado 46**. Brasília, DF, [2015]. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/101>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. **Enunciado 54**. Brasília, DF, [2013]. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/127>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Enunciado 74. In: JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 2., 2015, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 9. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/enunciados_aprovados-referencia_legislativa-justificativa_ii_jornada.pdf/view>. Acesso em: 21 mar. 2018.

DHNET. **Lei das XII Tábuas**. [S.l.], [entre 1995 e 2014]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento das empresas em crise**. 2012. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-27082013-114525/en.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Da concordata à recuperação: investigando a recuperação extrajudicial. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coords.). **Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 66-121.

FÉRES, Marcelo Andrade. Da constitucionalidade dos condicionamentos impostos pela Nova Lei de Falências ao privilégio dos créditos trabalhistas. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 7, n. 74, p. 01-07, ago./set. 2005. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/422/415>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Do princípio da moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 247-252, 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45635/47604>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

GOMES, Bruno Yohan Souza. **Ativismo judicial no processo de recuperação judicial: uma nova concordata?**. 2017. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18400/Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KALIL, Marcus Vinicius Alcântara. A homologação judicial do plano de recuperação: entre o controle de legalidade e o respeito à liberdade contratual. **Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE)**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 73-97, jan./jun. 2013.

KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-03062011-104905/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

LACERDA, Paulo Maria de. **Da falência no direito brasileiro**. São Paulo: Nacional, 1931.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito da insolvência**. Coimbra: Almedina, 2017.

LOBO, Jorge. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: art. 35 ao art. 69 da Lei n. 11.101/05. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Orgs.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 146-279.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, DF, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MACEDO, Fernando César; MATTOS, Elmer Nascimento. O papel dos fundos constitucionais de financiamento no desenvolvimento regional brasileiro. **Ensaio FEE**, v. 29, n. 2, p. 355-384, 2008. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/2181/2575>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MANDEL, Julio Kahan. Da alteração do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (Eds.). **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p. 195-212.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELO, Marciano Almeida. A função social da Lei n. 11.101/2005 na falência e recuperação da empresa. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 13, n. 964, 2012. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2488>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Fundos constitucionais de financiamento**. [Brasília, DF], 2015. Disponível em: <<http://www.mi.gov.br/web/guest/fundos-constitucionais-de-financiamento>>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. Secretaria de Fundos Regionais e Incentivos Fiscais. **Fundos regionais e incentivos fiscais**: informativo. Brasília, DF, 2017. Acesso em: <http://www.mi.gov.br/documents/10157/816482/CADERNO_INFO_Completo_2017.pdf/9924dc62-c47f-499b-8812-0b4b681de691>. Acesso em: 1º maio 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **Fundamentos jurídicos da função social da empresa**. 2008. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12323>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; MOREIRA, Marcus Borel Silva. A boa fé objetiva nos planos de recuperação judicial. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 7., 2017, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 4-23. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/ichijnb6/5x3d2UKN2dpsGr63.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**: observações sobre a Lei 8.429/92. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os princípios do processo de recuperação judicial de empresas. **Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, [S.l.], n. 56, p. 72-91, abr./maio 2014. Disponível em: <http://www.mpatrocinio.com.br/fotos_site/artigo%20-%20daniel%20patrocinio%20-%20principios%20recuperacao.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PAULA, Luiz Fernando de; LEAL, Rodrigo Mendes. Custo do crédito no Brasil: uma avaliação recente. **Indicadores Econômicos FEE**, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 91-102, set. 2006. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/1487/1853>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. O plano de recuperação judicial como forma de liquidação da empresa em contraposição ao pedido de autofalência. **publicaDireito**, [S.l.], [entre 2012 e 2016]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aab085461de18260>>. Acesso em: 24 out. 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1976.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**: de acordo com a Lei n. 11.101, de 09.02.2005. Barueri: Manole, 2008.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Ato de preenchimento de órgão de administração**: natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade anônima. 2012. 223 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-18022013-111713/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

SANT'ANNA, André Albuquerque; BORÇA JUNIOR, Gilberto Rodrigues; ARAUJO, Pedro Quaresma de. Mercado de crédito no Brasil: evolução recente e o papel do BNDES (2004-2008). **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 31, p. 41-59, jun. 2009. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/8561/2/RB%2031%20Mercado%20de%20Cr%C3%A9dito%20no%20Brasil_Evolu%C3%A7%C3%A3o%20Recente%20e%20o%20Papel%20do%20BNDES%202004-2008%29_P_BD.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SENADO FEDERAL. **Parecer n. , de 2004**. Da COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS, sobre o PLC nº 71, de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Relator: Senador Ramez Tebet. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3499286&disposition=inline>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

SILVA, Roseli Rêgo Santos Cunha. **A preservação da microempresa e da empresa de pequeno porte em recuperação judicial como forma de proteção do trabalho e de fortalecimento da economia nacional**. 2016. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21110/1/ROSELI%20R%20C3%8AGO%20SANTOS%20CUNHA%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

SINGH, Anoop et al. Stabilization and reform in Latin America: a macroeconomic perspective on the experience since the early 1990s. **International Monetary Fund**, Washington, DC, n. 238, Feb. 2005. p. XIII-XX. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/op/238/pdf/op238_5.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no Direito e no processo do trabalho**. Rio de Janeiro: LTr, 2006.

SZTAJN, Rachel. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante**. 2010. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-30042013-150141/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão n. 920/2007**. Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS). Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, 23 maio 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1565420043.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **Agravo de Instrumento n. 2066682-10.2017.8.26.0000**. Agravante: Lanxess Indústria de Produtos Químicos e Plásticos Ltda. Agravadas: Indústrias Arteb S/A; Sian - Sistemas de Iluminação Automotiva do Nordeste Ltda.; Arteb Faróis e Lanternas S/A; Artil Participações Ltda.; Artcris Participações Ltda. e Arthur Eberhardt S/A (todas em recuperação judicial). Relator: Desembargador Fabio Tabosa. São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11001360&cdForo=0>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. **Processo n. 2010805-51.2018.8.26.0000**. Agravante: Banco Bradesco S/A. Agravado: Indústria e Comércio de Plásticos Majestic Ltda. (em recuperação judicial). Interessado: Oreste Nestor de Souza Laspro. Relator: Desembargador Araldo Telles. Guarulhos, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI004DWY30000>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. **Processo n. 2162636-20.2016.8.26.0000**. Agravante: Luiz Guilherme Campagnucci Knust. Agravado: Hospital e Maternidade São Sebastião Ltda. (em recuperação judicial). Interessado: Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. (administrador judicial). Relator: Desembargador Cesar Ciampolini. Suzano, 16 mar. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2162636-20.2016&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2162636-20.2016.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Súmula n. 61. Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular. In: _____. **Súmulas**. São Paulo, 06 dez. 2010, p. 7. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasDoTribunalDeJusticaDoEstadoDeSaoPaulo.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Processo n. 0010048-77.2009.8.16.0035**. Autores: Laminit Ltda.; Lã, Minas e Compensados; Madescan Export Ltda.; SWI Participações Societárias Ltda.; Novopiso S/A Engenharia de Revestimentos. São José dos Pinhais, 24 nov. 2010. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/numeracao-unica-de-processos>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

UNITED NATIONS (UN). **A/RES/41/128**. Declaration on the right to development. [New York], 04 Dec. 1986. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

UNITED STATES BANKRUPTCY CODE. **Chapter 11**: reorganization (sections 1101 to 1174). [S.l.], 2018. Disponível em: <<https://www.usbankruptcycode.org/chapter-11-reorganization/>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**. 2012. 222 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162049/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

WALD, Arnaldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 34, n. 98, p. 51-57, abr./jun. 1995.