

# ANÁLISE SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.101/2005 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88

## SYSTEMATIC ANALYSIS OF LAW Nº 11.101/2005 IN LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 88

**Igor Brandão Feitosa de Carvalho**

Assessor Administrativo da PRODESP/PGM.

Advogado.

E-mail: igorbfcarvalho@hotmail.com

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A elaboração da Lei nº 11.101/2005; 3 A Lei nº 11.101/2005 à luz da Constituição Federal; 3.1 Hermenêutica da ordem econômica constitucional; 3.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao processo falimentar; 3.3 Análise constitucional da Lei nº 11.101/2005; 4 Considerações finais; Referências.

**Contents:** 1 Introduction; 2 The making of Law n. 11.101/2005; 3 The Law n. 11.101/2005 in light of the Federal Constitution; 3.1 Hermeneutics of constitutional economic order; 3.2 Constitutional principles applied to bankruptcy's due process; 3.3 Constitutional analysis of Law n. 11.101/2005; 4 Final considerations; References.

**Resumo:** A Lei nº 11.101/2005 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a recuperação judicial e extrajudicial de empresas. Sua chegada foi muito aguardada e debatida no âmbito econômico nacional, pois visava solucionar os problemas das empresas economicamente viáveis que passavam por dificuldades financeiras e econômicas. Sua receptividade, contudo, ficou aquém do desejável, na medida em que poucas ações tratando de recuperação judicial foram ajuizadas desde então. Teoriza-se que dentre as causas para tal fato estão a onerosidade que a instauração do processo acarreta e a excessiva autonomia conferida aos credores, com o Judiciário atuando, na maior parte das vezes, em função meramente homologatória. Teoriza-se, ademais, que o diploma normativo em comento não está em conformidade com o ordenamento

constitucional. Este artigo se propõe, assim, usando como metodologia a análise sistemática dos dispositivos da Lei nº 11.101/2005 em face da Constituição Federal, a buscar tese voltada ao equilíbrio entre as partes, à maior autonomia do juiz - para, inclusive, declarar de ofício instrução pericial - e à prestigiação do princípio da isonomia como mecanismos balizadores da efetividade do processo de recuperação de empresas. Ao final, conclui-se que a Lei nº 11.105/2005, apesar de ser evidente avanço em relação à legislação anterior, acaba por também violar princípios constitucionais, ao concentrar poder nas mãos dos credores e ao conceder ao Judiciário papel meramente homologatório, fazendo-se necessário esforços legislativos para contrabalancear essa realidade.

**Palavras-chave:** Lei nº 11.101/2005. Falência. Recuperação. Princípios Constitucionais. Processo Falimentar.

**Abstract:** The Law n. 11.105/2005 introduced in Brazilian's legal system the judicial and extrajudicial recuperation of businesses. Its arrival was very anticipated and discussed within the national economics scope, for it aimed to solve the problems of financially viable companies which were in financial and economic difficulties. Its receptivity, however, was below expectations, because few judicial actions involving judicial recuperation were proposed since then. It is theorized that among the causes for this fact are the financial burden that its proposal causes to the companies and the excessive autonomy granted to creditors, with the Judiciary acting, most of the times, in a mere ratifying role. It is theorized, in addition, that the law in comment is not in conformity with the constitutional system. It is further proposed, therefore, thesis on the balance between the parties and to a greater autonomy to the judges - to even declare forensic instruction without ado - and to the prestige of the principle of equality as the balancing mechanisms to the effectiveness of the recuperation of companies. This article proposes, therefore, by using as methodology the systematic analysis of the clauses in 11.101/2005 Law before the Federal Constitution, to find a thesis that aims balancing the parties, and to a greater autonomy to the judges - to even declare forensic instruction without ado - and to the prestige of the principle of equality as the balancing mechanisms to the effectiveness of the recuperation of companies. In the end, the conclusion is that the 11.105/2005 Law, despite being an evident advance compared to the previous legislation, in the end also violates constitutional principles, by concentrating power at the creditors hands and offering to the Judiciary a mere ratifying role. It is necessary, therefore, to expend further legislator efforts in order to counterbalance this reality.

**Keywords:** Law nº 11.101/2005. Bankruptcy. Recovery. Constitutional Principles. Bankruptcy process.

## 1 Introdução

É lugar comum ressaltar a importância que a atividade empresarial assume para o desenvolvimento econômico de um país. Evidência empírica dessa assertiva encontra-se na própria Constituição Federal, a qual, em seu título “Da Ordem Econômica e Financeira”, consagra a livre iniciativa econômica e a valorização do trabalho humano - incluído, aí, não só o executado pelo trabalhador empregado, mas pelo próprio empresário - como forma de garantir o desenvolvimento da iniciativa privada.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, na qual se regulamentou a recuperação judicial de empresas como mecanismo para salvaguardar a economia nacional ao fornecer condições às empresas em problemas financeiros de se reestruturar e manter-se em funcionamento. Contudo, a criação desse instituto não surtiu os efeitos esperados, a julgar pela baixa quantidade de pedidos de recuperação pugnados em juízo desde a publicação da lei em comento. Consta-se uma série de empecilhos para sua efetivação, dentre os quais o alto custo para o levantamento das causas da crise e não pagamento dos profissionais habilitados nos autos, e a excessiva autonomia dos credores para decidir o destino da empresa devedora.

Pode-se afirmar que a raiz do problema está no fato de que a lei de recuperações judiciais não primou por prestigiar a isonomia entre as partes envolvidas no processo de recuperação. A decisão sobre a concessão ou não do plano de recuperação, na prática, cabe precipuamente aos credores. Não se pode olvidar que esses, por vezes, ressentem-se da situação do empresário inadimplente, desinteressam-se por acompanhar a situação ou mesmo buscam efetivamente prejudicá-lo por despeito ou vingança.

Considerando tal realidade, este breve trabalho busca realizar uma análise sistêmica da Lei nº 11.101/2005 diante do ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao sopesamento dos princípios e garantias constitucionais aplicáveis ao empresário e à empresa a recuperar.

Para tanto, inicialmente se discorre brevemente sobre o contexto de elaboração da Lei nº 11.101/2005, abordando-se a voo de pássaro os princípios basilares que a orientaram.

Ato seguido, trabalha-se na análise sistemática da lei referida com a Constituição Federal à guisa de se apresentar algumas conclusões próprias sobre sua constitucionalidade. Por fim, realiza-se um levantamento da efetividade do instituto da recuperação judicial à luz do resultado da pesquisa.

## **2 A elaboração da Lei nº 11.101/2005**

Não é desarrazoado afirmar que o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que regia os institutos da falência e da concordata no direito brasileiro, não mais cumpria sua função social. Ocorre que o diploma legal referido vinha sendo utilizado em um contexto socioeconômico totalmente diverso do de quando foi criado. À época, o Brasil possuía um parque industrial minúsculo, e sentia ainda os efeitos da Segunda Guerra Mundial, recém-finda.

O diploma normativo em estudo, pois, se encontrava defasado e mostrava-se inadequado às necessidades de manutenção da vida da empresa em vias de concordata, ou mesmo na sua rápida liquidação para garantir o crédito dos credores. Regia situação morosa, onerosa e prejudicial tanto aos cofres do Estado quanto ao próprio devedor, que raramente via fim satisfatório.

Esse o contexto no qual surgiu a Lei nº 11.101/2005, nascida com a difícil missão de regular e organizar o procedimento falimentar no Brasil, bem como de introduzir a recuperação judicial como alternativa à concordata. O trâmite do projeto de lei que a instituiu demorou 11 anos.

O Projeto de Lei nº 4.376/93, que a instituiu, proposto sob a iniciativa do Poder Executivo, sofreu inúmeras emendas em sua tramitação, fruto da forte pressão exercida pelas entidades representativas do comércio, da indústria e das instituições financeiras, todas, logicamente, detentoras de nítido interesse na questão.

Finalmente, o projeto foi sancionado pelo presidente da República no dia 9 de fevereiro de 2005, passando a vigorar no

dia 9 de junho de 2005, valendo para todos os pedidos de declaração de falência a partir de então.

No relatório do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 71/2003 (de nº 4.376/93, na Casa de origem), o relator destacou uma série de princípios que deveriam orientar a nova lei a ser aprovada, brevemente abordados na sequência:

– **Preservação da empresa:** No Direito Falimentar, uma das maiores preocupações dos juristas sempre foi a busca por meios de evitar a “quebra”, historicamente efetivada, no entanto, tendo em vista primordialmente os interesses dos credores ou dos devedores, sem atentar para a função social da empresa. Com a nova lei, buscou-se prestigiar o funcionamento das empresas insolventes atentando para o impacto que o fechamento de suas portas acarretaria ao mercado e aos trabalhadores daquela.

Calixto Salomão Filho (1998, p. 32), ao abordar os diversos interesses envolvidos na empresa, afirma:

[...] O interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim, - ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar de forma mais eficiente – e aqui eficiência é a distributiva, e não a alocativa – as relações jurídicas que cria.

Vê-se, pois, na convergência dos ensinamentos do doutrinador em estudo, que a nova lei buscou, em sua origem, prestigiar o preceito constitucional do artigo 170 da CRFB/88, é dizer, a liberdade de iniciativa mediante a valorização do trabalho humano, mesclando a ordem puramente capitalista de um teor marcadamente social.

– **Separação dos conceitos de empresa e de empresário:** Sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, na impossibilidade de pagamento do passivo quirografário e da preservação da atividade, tanto o empresário como a empresa, na prática, tinham sua falência decretada, visto que a concessão da concordata requeria o exame da conduta do empresário, realizado pela análise de uma série de critérios legais. Tal normatização já era criticada por Requião na vigência do Decreto-Lei *sub judice*:

Seria, em nosso entender, deplorável que a sociedade, como uma pessoa jurídica, fosse impedida de obter concordata porque um sócio-gerente ou diretor tivesse praticado um dos crimes constantes da enumeração da alínea III do art. 140. Os demais sócios e acionistas sofreriam a punição, violando-se o princípio fundamental de que a punição não deve passar da pessoa do criminoso. Sustentamos, pois, que a sociedade comercial pode impetrar concordata, muito embora seus dirigentes, a essa altura destituídos pelos acionistas, tenham sido condenados pela prática de delito impeditivo de concordata. Os dirigentes que os substituírem poderão requerer a concordata, dando cumprimento à decisão da assembleia geral respectiva. (1995, p. 31, v. 2).

A nova lei, assim, inspirada nas hodiernas correntes do direito comercial, visou delinear claramente os conceitos de empresa e de empresário, definindo este como o sujeito que exerce atividade empresarial, e aquela, como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A principal novidade produzida por essa inovação paradigmática foi que a recuperação da empresa, em tese, não pressupõe a recuperação do empresário, que poderá ser afastado caso se verifique ser esse procedimento necessário.

– **Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis e retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis:** Os princípios recém-mencionados são complementares entre si. Pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, a concessão da concordata lastreava-se em presunção de insolvência, com base nos fatores enumerados em seu artigo 2º. A lei nova, por sua vez, voltou-se a lastrear a concessão de recuperação judicial com a análise das causas que potenciaram a crise econômica da empresa, visando garantir que aquelas aptas a recuperar-se pudessem manter-se funcionando durante o processo de recuperação.

Ora, essa iniciativa representa avanço significativo a aterrisar a ideia de recuperação da empresa. A análise pormenorizada dos fatos que ocasionaram sua insolvência permite aos especialistas verificar sua viabilidade econômica, vital para que se possa “separar o joio do trigo”. Feita a análise, viabiliza-se a

recuperação das empresas que apresentarem condições de reerguer-se. Do mesmo modo, na hipótese de que se conclua que a recuperação causará mais prejuízos que lucros às partes envolvidas, proceder-se-á a sua liquidação.

– **Proteção aos trabalhadores:** Em análise histórica, torna-se clara a necessidade premente de se proteger os direitos dos trabalhadores, tão maltratados diante dos abusos estimulados pelo liberalismo clássico e pela revolução industrial.

O Projeto de Lei buscou, pois, prestigiar os artigos 7º a 11 da Constituição Federal de 88. Os créditos trabalhistas estão contemplados em diversas passagens da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. À guisa de informação, cite-se que os créditos trabalhistas foram expressamente excluídos da recuperação judicial pela inteligência do artigo 161, § 1º da Lei de Recuperação e Falências, quando afirma que “não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do *caput*, desta Lei.” (Grifo do original).

Citem-se, ainda, os artigos 37, 41, 52, 83 e 141 do diploma normativo, todos os quais revelam o tratamento diferenciado conferido ao crédito trabalhista na nova Lei de Falências.

– **Redução do custo do crédito no Brasil:** O valor levantado na fase de liquidação, sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, soía ser insuficiente para pagar sequer os créditos trabalhistas e tributários da empresa. Buscou-se, pois, reduzir a insegurança dos credores com garantia real acerca da recepção do que lhes era devido mediante a adoção de medidas como o pagamento de créditos tributários somente após o pagamento das obrigações com garantia real e a limitação da preferência dos créditos trabalhistas ao valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos. O escopo último era proteger o crédito e manter baixa a taxa de juros, em reflexão bastante atualizada com os anseios da indústria brasileira de bens e serviços.

– **Celeridade e eficiência dos processos judiciais e Segurança Jurídica:** A falência e a recuperação visam, em sua essência, à satisfação dos credores mediante a maximização dos ativos do falido. O Projeto de Lei visou, assim, à celeridade da tramitação do procedimento falimentar, sempre criticado pela dou-

trina justamente em função de sua morosidade. Nesse sentido pronuncia-se, por exemplo, Fazzio Júnior:

Não é de hoje que a doutrina e a jurisprudência se repetem, até cansativamente, nas críticas à eternização dos processos de falência. A extinção do empresário insolvente que, necessariamente, na lei, já é morosa, revela-se, na prática, um arrastado e infrutífero suceder de atos processuais em prejuízo dos credores, da atividade empresarial e do mercado. Nem é necessário enaltecer os inconvenientes suscitados pela burocracia processual que marca a agonia do devedor. (2005, p. 243-244).

Por óbvio, não é demais ressaltar a necessidade de observância às garantias processuais. A celeridade e a eficiência processuais não se obtêm pela simples mudança legislativa, pois devem ser acompanhadas da reestruturação do Poder Judiciário.

Fez-se necessário, assim, a elaboração de mecanismos para garantir a segurança jurídica nas relações falimentares, especialmente no que tange às falências e concordatas já em curso quando da entrada em vigor da lei nova. Por tal razão, por exemplo, a Lei nº 11.101/2005 previu o disposto no artigo 192, determinando que “esta lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.”

– **Participação ativa dos credores:** Em análise histórica dos procedimentos falimentares no Brasil é possível verificar a excessiva autonomia conferida aos credores, que, no entanto, jamais obteve o êxito almejado, potenciando a atuação judicial no intuito de coibir fraudes e garantir o escorreito tramitar processual. Na nova Lei de Falências, a participação ativa dos credores depende da convergência de interesses entre todos os participantes do processo, eis que o seu artigo 56 determina que “havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação”. Em adição, o § 4º do artigo em estudo estabelece que “rejeitado o plano de recuperação pela assembleia-geral de credores, o juiz decretará a falência.”

– **Maximização do valor dos ativos do falido:** Buscou-se, na nova legislação, evitar a deterioração de bens pelo desuso, sua desvalorização por se tornarem ultrapassados, gastos desnecessários com sua guarda, etc. Para isso, abreviou-se o procedimento falimentar em sua fase de liquidação, permitindo-se seu início imediatamente após a juntada aos autos do inventário de bens do autor e concluída a arrecadação. Introduziu-se, ainda, a possibilidade de venda pela modalidade de pregão, combinando a alienação do ativo por lances e por melhor proposta, nos termos do artigo 142, § 5º da LRF.

– **Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte:** Prestigiou-se, ademais, o “tratamento favorecido às empresas de pequeno porte” previsto no artigo 170, IX, da Constituição Federal de 88, decorrente, por extensão, do princípio constitucional da isonomia.

Introduziu-se, assim, na seção V da lei nova, plano de recuperação judicial específico para microempresas e empresas de pequeno porte, de utilização facultativa.

– **Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial:** Com o intuito de inibir os abusos rotineiramente perpetrados na atividade empresarial, voltou-se a lei nova também para a ampliação do rol de tipos penais previstos para crimes falimentares, bem como o acréscimo das penas previstas para essas condutas. A esse respeito, Renato de Mello Jorge Silveira menciona:

A inovação legislativa, ao menos na seara penal, ampliando o rol de proteção também a situações de recuperação de empresas, coaduna-se com as modernas tendências dogmáticas empresariais. Isso, contudo, traz a reboque, efeitos perversos inegáveis. Muitos dos novos tipos penais recriminados repousam âncora na idéia preventiva do perigo. Não se trata como comumente faz o Direito penal, de repressão ao dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico protegido, mas, unicamente, a uma projeção futura de dano. É fato que a revogada Lei de Falências, da mesma forma, já previra tal situação, mas a ampliação desta situação é perceptível. [...] A lei pretérita, sem dúvida, necessitava de incrementos. Muitos deles, como se mostram, são, no entanto, de duvidável

aceitação e de rigor excessivo. Não obstante, caberá no futuro, aos Tribunais, o derradeiro entendimento quanto à admissibilidade das novas previsões, estabelecendo-se assim, uma vertente de política criminal judicial. [...] A simplista tese de defesa do processo de recuperação ou institutos resguardando a falência não pode de forma alguma suplantam o lastro garantista observado em princípios constitucionais como o da ultima ratio, da lesividade, da proporcionalidade ou da culpabilidade. Se a isso não se cuidar, estar-se-á correndo o risco inaudito de, ao contrário do pretendido, não se evoluir na ciência e aplicação legal. (SILVEIRA, 2005, p. 297-298).

Vê-se, pois, a preocupação do legislador em arquitetar diploma normativo que prestigiasse a situação econômica do País na segunda metade da década de 2000, visando fundamentalmente ao desenvolvimento econômico e à proteção da atividade empresarial e dos trabalhadores, prezando, ademais, pela celeridade na tramitação do procedimento falimentar.

Acrescente-se que o Projeto, tendo em mente a principiolgia destacada, voltou-se à estruturação do processo de recuperação judicial, o qual permite que empresas em dificuldades de solvência possam manter-se funcionando ao passo que administram seu débito.

Em outras palavras, trataram de normatizar anseios antigos da classe empresarial e financeira brasileira. As empresas em dificuldade de liquidez poderiam fazer um projeto de recuperação sem que suas atividades sofressem solução de continuidade e sem que houvesse comprometimento das características, prazo e valores dos créditos constituídos.

### **3 A Lei nº 11.101/2005 à luz da Constituição Federal**

Abordam-se, na continuidade, alguns aspectos relevantes da análise que constitui o escopo desta investigação.

#### **3.1 Hermenêutica da ordem econômica constitucional**

Faz-se necessário, para a escorreita análise do tema a ser abordado, discutir, mesmo que brevemente, sobre como a Cons-

tituição Federal de 88 tratou de disciplinar a ordem econômica e as garantias do processo, ressaltando os princípios constitucionais aplicáveis à questão, a fim de propiciar a análise sistêmica do tema.

Acerca da necessidade de sistematização da norma para a sua inserção no ordenamento jurídico, inaceitável seria olvidar-se das palavras de Bobbio (1991, p. 19), ao afirmar que “na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de ordenamento”.

Robert Alexy, por sua vez, trata da distinção entre regras e princípios como chave para solucionar a dogmática dos direitos fundamentais, marco para a sua compreensão, como se pode visualizar em suas próprias palavras, a seguir:

Tanto regras como princípios são normas, pois ambos dizem o dever-ser. A distinção entre ambos é a distinção entre dois tipos de normas. Dentre os diversos critérios propostos para a sua diferenciação, cita-se aquele em que os princípios são normas de um grau maior de abstração, enquanto as regras possuem um grau menor de generalidade. (2002, p. 81-86).

Partindo-se do pressuposto de que as teses ventiladas pelos dois grandes mestres são verossímeis, chega-se à conclusão de que a análise da principiologia normativa da Constituição Federal, tanto em seu eixo material (observância aos direitos fundamentais) como processual (observância às garantias do processo), é imprescindível para se realizar a inserção sistemática da norma no ordenamento jurídico. Nesse sentido, leciona Ana Paula de Barcellos de maneira precisa:

Isso ainda é mais nítido quando se cuida de princípios constitucionais, pois aqui estarão associadas as suas características de norma-princípio com a superioridade hierárquica da própria Constituição. Como consequência da eficácia interpretativa, cada norma infra-constitucional, ou mesmo constitucional, deverá ser interpretada de modo a realizar o mais amplamente possível o princípio que rege a matéria. (2002, p. 82).

Assim, tendo-se a noção conceitual de princípio e da imperiosidade de sua atenção ao se realizar a análise sistemática de uma norma no ordenamento jurídico, pode-se abordar constitucionalmente a inserção da Lei nº 11.101/2005 no sistema pátrio.

Tendo-se em mente os princípios balizadores do Projeto de Lei que virou a Lei nº 11.105/2005, já discutidos no capítulo anterior, percebe-se claramente que intentaram, ao menos no plano das ideias, prestigiar a ordem constitucional quando de sua elaboração. Resta ver, contudo, até que ponto a eficácia de sua instauração está vinculada à observância à dita ordem constitucional.

As diretrizes previstas pelos constituintes de 1988 para a economia nacional encontram-se sob o título “Da Ordem Econômica e Financeira”, e devem ser interpretadas de forma integrada aos demais dispositivos constitucionais. A ordem econômica fundamenta-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna e acordante com a justiça social.

Sob o tema, Machado Horta expõe que:

A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, em uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que expraíam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do estado democrático de Direito. Suas regras visam atingir os objetivos fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa do Brasil. [...] A concretização dos princípios que informam a Ordem Econômica é inseparável dos Direitos e Garantias Fundamentais, que asseguram aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [Constituição Federal, artigo 5]. (1995, p. 301).

Ivo Dantas (2000) afirma que existem três dimensões a se considerar sobre a ordem econômica: a ontológica, compreendendo os fundamentos fáticos como o trabalho, os meios de produção e a livre iniciativa; a axiológica, que corresponde aos princípios que atuam como orientadores da intervenção do Estado, a exemplo da soberania, da função social da propriedade, da livre concorrência; e, por fim, a teleológica, consistente no resultado a ser alcançado com a sua intervenção. Partindo-se dessa diferença metodológica, pode-se encontrar o ponto comum sob o qual deve ser analisada a Lei nº 11.101/2005 à luz constitucional.

A ontologia da ordem econômica se justifica com a evolução das relações mercantis, financeiras e industriais do Brasil, cujos exercícios de normatização culminaram na instauração do título “Da Ordem Econômica e Financeira” pela Carta Magna de 88.

É fácil aferir os princípios fundadores da axiologia da ordem econômica, pois estão expressamente dispostos no artigo 170 da CRFB/88, o qual dispõe:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país.

Sobre esses princípios, ressalte-se, devem incidir os princípios gerais do direito, os direitos e garantias individuais e sociais e demais normas constitucionalmente balizadoras. Seja como for, é comedido destacar que o constituinte originário, ao tratar

da ordem econômica, conferiu aos dispositivos constitucionais aplicáveis conteúdo programático, a teor dos ensinamentos de Bonavides, quando afirma que:

Das normas constitucionais, a programática é a que maior fragilidade apresenta, no que tange à sua eficácia e juridicidade. Para buscar o seu alcance e finalidade o método interpretativo que melhor se adéqua é a análise histórico-teleológica. As normas programáticas refletem a mudança dos valores e da sociedade. [...] a rigor a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar certa ordem de relações. (2004, p. 247).

Estabeleceram-se constitucionalmente, portanto, as diretrizes gerais e os princípios norteadores a serem seguidos pelo legislador, ao qual foi conferida a atribuição de prestar-lhes consistência e efetivação. A ordem econômica, assim, não se esgota em seu conteúdo constitucional, antes, é implementada e efetivada pela legislação infraestatal. Em outras palavras, cabe ao legislador ordinário garantir a atenção da ordem econômica aos princípios e garantias constitucionais.

Essa missão se torna mais complicada ao se atentar para o fato de que o constituinte de 88, ao abordar a ordem econômica, findou por intentar conciliar princípios voltados claramente ao neoliberalismo econômico (propriedade privada, livre iniciativa, liberdade de contratação, livre concorrência) com outros de caráter notoriamente socialista (valorização do trabalho, busca do pleno emprego, função social da empresa). Os fundamentos da Ordem Econômica constitucional, assim, revelam a preocupação do constituinte originário em adotar uma economia capitalista tingida com fortes cores sociais. Estabeleceram-se, ademais, mecanismos de intervenção estatal na ordem econômica de forma moderada, que acabam por funcionar como agentes mediadores dessas posições – à primeira vista – dicotômicas.

Por fim, a função teleológica da ordem econômica consiste em assegurar a todos existência digna, reduzindo as desigualda-

des e possíveis injustiças produzidas pelo capitalismo. O equilíbrio entre os princípios liberais e sociais previstos na Carta Magna, portanto, deve ocorrer à luz da dignidade da pessoa humana. A dificuldade de materialização reside, entretanto, na abrangência de conceituação dessa dignidade.

Pela análise dos fundamentos da Ordem econômica, a conclusão óbvia é que o fator determinante da efetivação dos princípios constitucionais garantidores dessa ordem é o Estado, que existe para estar a serviço das pessoas, não o oposto.

### **3.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao processo falimentar**

Como já cediço, a Constituição Federal estabeleceu uma série de princípios reguladores e estabilizadores da Ordem Econômica Constitucional que funcionam como norteadores da atuação do legislador infraconstitucional, responsável pela sua efetivação. Trata-se de balizadores materiais à aplicação da legislação infraconstitucional. Tais princípios incluem, mas não se restringem, a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte.

Sem embargos, cumpre explicitar os princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Isso porque é comezinho que a Lei nº 11.101/2005 possui conteúdo misto, a sua vez adjetivo e substantivo, uma vez que também dispõe sobre a parte processual aplicável aos processos de falência e de recuperação de empresas.

Quando dois ou mais indivíduos possuam interesses contrapostos em relação a um bem, e houver resistência de uma das partes em relação à outra, tem-se um litígio. A composição desses interesses, por sua vez, é realizada pelo Estado por intermédio de sua função jurisdicional. Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 24) caracterizam a função jurisdicional como “a capacidade que o estado tem de decidir imperativamente e impor decisões”. Esse serviço se instaura por meio do direito de ação, que os autores

qualificam como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício).” (p. 247). O exercício do direito de ação pelas partes atrai o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado, de sorte a formular posicionamento jurídico que garantirá a composição da lide formada.

Isso posto, a Constituição Federal alberga uma série de princípios que norteiam a atividade jurisdicional do Estado e, em consequência, a legislação infraconstitucional processual. Cite-se o rol estabelecido por José Cretella Neto:

- Princípio da ampla defesa;
- Princípio do contraditório;
- Princípio da igualdade das partes perante a lei;
- Princípio da imparcialidade do juiz;
- Princípio do duplo grau de jurisdição;
- Princípio da motivação das decisões judiciais;
- Princípio da publicidade do processo e dos atos processuais. (2002, p. 78).

O mesmo autor, em complementação à enumeração dos princípios constitucionais, expõe:

As regras existentes na Constituição Federal, que enunciam os princípios processuais, destinam-se a estabelecer garantias para o processo, e não estão limitadas aos diversos incisos do art. 5º., também no capítulo reservado ao Poder Judiciário encontram-se diversos dispositivos relacionados diretamente com o bom desenvolvimento do processo, tais como as garantias asseguradas aos juízes e aos tribunais (arts. 95 e 96), bem como o dever de motivação e a publicidade dos atos processuais (art. 93). [...] (CRETELLA NETO, 2002, p. 38-39).

Sobre esses, cabe ressaltar, incide um superprincípio, o do devido processo legal. Trata-se de garantia do cidadão que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas. Para Cretella Neto, esse princípio não está atrelado somente à observância do procedimento aplicável:

No Estado de Direito, a elaboração da lei deve obedecer a critérios que atendam ao senso de justiça e aos preceitos constitucionais de aplicação da norma pelo Poder Judiciário, possibilitada pela via do processo. De um lado, o Estado enuncia o Direito por meio de ato normativo geral e vinculativo; de outro cabe-lhe solucionar as controvérsias geradas pelas normas que promulga, ou pela diversidade de interpretação delas. É precisamente a conjugação desses fatores – a lei elaborada de forma regular, correta e razoável, e sua aplicação por um Poder Judiciário independente, utilizando mecanismo em que as partes são colocadas em pé de igualdade quanto às oportunidades que lhes são oferecidas (ampla defesa, contraditório, juiz natural) – que remete ao conceito de processo justo. [...] O conceito de *due process of law* não se restringe, portanto, a mera garantia das formas processuais preconizadas pela Constituição, mas à própria substância do processo, que permite a efetiva aplicação das lei. (2002, p. 42-43).

Conclui-se, pelo exposto, que a observância dos princípios constitucionais processuais é obrigatória, por força do devido processo legal, não só no que tange ao processo em si, como também na própria elaboração legislativa, que deve atentar para a principiologia constitucional de sorte a proporcionar a lisura e celeridade do procedimento que visa instaurar. Cabe observância principiológica também no momento de concretude normativa, é dizer, ao se aplicar a norma procedimental ao caso concreto, garantindo que os procedimentos eventualmente instaurados sejam úteis e produtivos à escorreita solução da lide.

### **3.3 Análise constitucional da Lei nº 11.101/2005**

Consoante revela o produto de toda a pesquisa efetivada, já exposto, vislumbra-se que a Lei nº 11.101/2005 foi formulada tendo-se em vista a indignação resultante da inobservância aos princípios constitucionais vetores da atividade econômica e aos princípios constitucionais processuais. Percebe-se isso claramente a partir da análise dos princípios balizadores da elaboração da Lei nº 11.101/2005.

Cabe fazer, contudo, duas críticas à constitucionalidade da lei, ressaltando-se a distinção de Roberto Alexy entre norma-regra e norma-princípio. Embora haja divergências nesse sentido, como revela a miríade de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas em face da LRF, não se vislumbrou nenhuma inconstitucionalidade formal em seus dispositivos a justificar análise pormenorizada. Há, contudo, dois fatos, facilmente verificáveis à luz da experiência concreta desde a instauração da referida lei, que permitem concluir por sua violação à principiologia constitucional aplicável por duas vias.

A Lei nº 11.101/2005, conclui-se, positivou procedimento excessivamente oneroso às partes envolvidas, e não prestigiou a isonomia entre as partes, na medida em que garantiu aos credores poderes excessivos para a composição do processo de recuperação.

Perceba-se a discrepância anti-isonômica. A volição do conjunto dos credores é expressa pelo quórum obtido na Assembleia Geral. Contudo, sói ocorrer de esse quórum não representar a unanimidade dos credores. A vontade dos discordantes e ausentes será, via de regra, sumariamente excluída da vontade expressa pela AGC. Por outro lado, ao devedor discordante da proposta apresentada pela AGC só resta a alternativa de concordar, ou ver decretada sua falência. Tal discrepância evidencia-se ainda mais se se atentar para o fato de que, na hipótese de divergência entre a decisão do devedor e a da Assembleia Geral de Credores, não lhe cabe sequer requerer ao Judiciário exame pericial do plano e documentação que instruíram a inicial de recuperação.

Além do mais, em razão disso, o órgão judicial acaba por funcionar como mero homologador da decisão tomada pela Assembleia Geral de Credores, que aceita ou rejeita o plano de Recuperação Judicial da empresa.

Isso se se abordar a questão de um ponto de vista puramente contratualista. Ao se debruçar sobre um ponto de vista processual, contudo, melhor sorte não assiste à legislação *sub judice*. Verifica-se, claramente, violação aos princípios da isonomia, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da ampla dilação probatória e do livre convencimento motivado do julgador (vez que a decisão é, em sua essência, ditada pela Assembleia Geral de Credores).

Ora, o vício anti-isonômico apontado potencia todas as violações principiológicas em comento. Se a decisão do julgador é meramente homologatória do acordo obtido pela AGC, sem a participação isonômica do devedor além da propositura de recuperação judicial, não há a observância ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa. Agrava-se esse fato se se atentar para a circunstância de que, uma vez decretada a falência, não haverá como o falido suspender seus efeitos e retornar à sua atividade, se verificado posteriormente erro na decisão dos credores.

A dilação probatória, nesse caso, torna-se absolutamente inócua. Ora, a decisão da Assembleia Geral de Credores não é necessariamente atrelada ao livre convencimento motivado. Pode, em suma, ser proferida por fatores políticos, econômicos, ou mesmo oriundos de relações pessoais. A documentação e os estudos efetuados e anexados ao processo – os quais, repise-se, são de produção bastante onerosa – não têm garantia alguma de serem analisados.

Ao final, a aprovação do plano de recuperação dependerá da barganha do devedor, do seu poder de convencimento diante dos credores presentes à Assembleia Geral, e não da viabilidade do plano de recuperação.

Como remediar tal fato à luz da legislação vigente? A única saída que se vislumbra é garantir a autonomia do Judiciário não só em seu poder decisório, como também durante a instrução processual. Para a correção dessa distorção, deverá o juiz observar os princípios específicos e constitucionais aplicáveis à espécie.

Ao discorrer sobre o papel da Magistratura no novo direito concursal, em análise do Anteprojeto de Lei, Jorge Lobo (1996, p. 225) acentua:

Não obstante tantas vezes mencionada a sua participação no processo, em momentos capitais o juiz não passa de um órgão meramente homologador das decisões da assembléia geral de credores conforme art. 7º e seus §§ 2º a 5º, em que se lê: “a decisão da assembléia geral, que aprovar a proposta e o plano de recuperação (caput e § 2º) será submetida à homologação do juiz (§ 3º)! Caso

a assembléia geral não aprove a proposta e o plano de recuperação, não cabe recurso ao interessado! (§ 2º do art. 8º)”. É evidentíssimo que limitar a participação do juiz à homologação das deliberações da assembléia de credores é amesquinhar a função do Poder Judiciário no processo de falência e de concordata, pois como é sabido, homologar é ratificar, aprovar, confirmar um outro ato, dando-lhe eficácia legal e, conforme o caso, força obrigatória. No ato da homologação, a atividade jurisdicional, afora expressa previsão legal, cinge-se à mera verificação do cumprimento de formalidades extrínsecas, não adentrando, pois, no exame do mérito da decisão homologada. Por conseguinte, a função atribuída pelo Anteprojeto ao juiz avilta e apequena, injustificadamente, a participação do Poder Judiciário nos processos concursais, o que é intolerável e deve por todos ser repudiado.

Conclui-se, portanto, que ao juiz deve ser facultada a produção de prova pericial ou mesmo a concessão de plano de recuperação diverso do apresentado pela Assembleia Geral de Credores, em motivação decorrente da principiologia constitucional e observadas as especificidades do caso concreto. Sob esse ponto, Cretella Neto (2002, p. 254) ensina que “a atividade do juiz, no escopo do que lhe faculta o art. 130 de nosso CPC, não está limitada no tempo: pode exercê-la até o proferimento da sentença”. Cabe a este, portanto, atuar não só como mero órgão homologador, mas como peça integral à lisura do processo de recuperação. Assim sendo, pode-se restaurar a isonomia entre as partes tanto da recuperação judicial como da falência.

#### **4 Considerações finais**

Após este estudo a respeito da Lei nº 11.101/2005, pode-se concluir que, inegavelmente, a nova Lei de Recuperações e Falências foi uma grande evolução em relação ao diploma anterior. De fato, as normas produzidas pela nova legislação possibilitaram a manutenção de empresas viáveis em crise econômico-financeira e, por consequência, minimizaram os impactos e repercussões decorrentes da insolvência empresarial.

Analisando-se os fatores sociojurídicos que findaram em sua elaboração, é factível aferir que esta foi, até certo ponto, eficaz. Não há dúvidas que, no que diz respeito a sua aplicação sobre aqueles que se encontram em situação de crise econômica, visando recuperar-se no caso da recuperação judicial ou dissolver-se regularmente por intermédio da falência, tentando honrar todas as dívidas contraídas pelo falido da forma mais justa possível, ela é efetiva. Nesse sentido, além de proteger com bastante ênfase a massa falida e os credores, a nova legislação tem como principal preocupação a preservação da empresa, ainda que a mesma seja explorada por outra pessoa, proporcionando a garantia dos empregos existentes e a geração de riquezas.

Contudo, sua efetividade não é a que deveria ser. A inobservância manifesta a dispositivos constitucionais, conforme demonstram os resultados da pesquisa, em muito contribuem para tanto. Notadamente, a excessiva autonomia conferida à Assembleia Geral de Credores contribui para esse fato.

Como solução para restaurar a constitucionalidade no tocante à isonomia processual, propôs-se incremento material da função do órgão julgador, que deve deixar de ser visto como mero instrumento de homologação da decisão que concede a recuperação e atuar efetivamente durante o trâmite, inclusive determinando de ofício a produção de prova pericial quando entender que esta não está sendo devidamente apreciada pela Assembleia de Credores.

A crítica que se faz a essa solução é que o processo de recuperação judicial perderia muito no que tange a sua celeridade. Contudo, entende-se que mais que celeridade, precisa-se de garantia de segurança jurídica com o fim último de prestigiar a Ordem Econômica Constitucional. Os perigos da demora da tramitação foram em grande parte solucionados, ademais, pela introdução de instrumentos como a liquidação antecipada dos bens do devedor por meio da Lei nº 11.101/2005.

A conclusão final a que se chega é que, em que pese a importância da reforma da legislação concursal, o tema ainda deve ser amplamente tratado, inclusive com reformas legislativas posteriores à Lei nº 11.101/2005, sempre visando ao fim último de todo o procedimento falimentar e de recuperação: prestigiar a Ordem Econômica Brasileira.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.**

Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.**

Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Polis, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 20 maio 2013.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo.** Curitiba: Juruá, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Atlas, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1995.

LOBO, Jorge. **Direito Concursal.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As disposições penais na lei de recuperação de empresas e falência: crimes em espécie e procedimentos. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Doutrina e Prática.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.