

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A LEI 11.101/05

Carlos Roberto Claro

Prof. de Direito Societário e Falimentar – FIC

Mestrando em Direito – FIC

Especialista em Direito Empresarial

Membro do “American Bankruptcy Institute”

ca.claro@terra.com.br

RESUMO

O presente texto trata a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade na Lei 11.101/05. Aqui são analisadas algumas hipóteses (não exaustivas) a respeito da necessidade de observância, por parte do intérprete do princípio constitucional, albergado pelo art. 5º, parágrafo segundo da Carta Federal.

Palavras-chave: Lei 11.101/05. Princípio da Proporcionalidade. Comitê de Credores. Concordata Suspensiva.

INTRODUÇÃO

A questão posta neste artigo, de saber em quais hipóteses normativas poder-se-ia recorrer ao princípio da proporcionalidade, considerando a Lei 11.101/05, amparou-se, para efeitos de análise, em estudos de Eros Grau. De modo geral, concorda-se, com as idéias levantadas por este autor. Deste modo, tem-se que o princípio da proporcionalidade foi consagrado pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

Conclui-se, assim, que as falências iniciadas antes de junho de 2005 e que também tiveram as falências iniciadas antes da referida data, prosseguirão com amparo na lei velha.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA LEI 11.101/05

Considerando a Lei 11.101/05, que trata da recuperação (em suas modalidades) e da falência da empresa/empresário (não albergando a sociedades simples), indaga-se em quais hipóteses normativas poder-se-ia invocar o princípio da proporcionalidade? Grau (2000) chama atenção de que o princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade, para alguns juristas), foi, efetivamente, consagrado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, quer pela leitura do artigo 5º, parágrafo segundo, quer pela estreita ligação com o princípio do devido processo legal substantivo, oriundo da legislação norte-americana (*due process of law*).

Esclarece que os princípios são dotados de caráter deontológico, enquanto os valores têm caráter teleológico.

No que tange ao princípio, verifica-se que Eros Roberto Grau entende tratar-se, na verdade, de *postulado normativo aplicativo*, e, arrimando-se em Alexy, assevera que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo diferente (GRAU, 2005, p. 183-184). Indo adiante, explica que proporcionalidade e razoabilidade são *postulados normativos da interpretação/aplicação do direito – um novo nome dado aos velhos e desprezados cânones da interpretação -, e não princípios* (GRAU, 2005, p. 186). Seja como for – postulado normativo de interpretação ou princípio - o fato é que a proporcionalidade é de ser observada quando se tem em mãos a Lei 11.101/05. De fato, a razoabilidade (ou proporcionalidade) é mais um importante *princípio* que deverá conferir sustentação ao novo texto normativo, que trata da reorganização e da falência. Com efeito, a prudência, o equilíbrio e o bom senso devem ser considerados quando do trato dos processos regidos pelo novel texto, ora em comento (falência e recuperação judicial, especialmente). Em vários dispositivos é possível invocar o princípio em exame, a começar pela própria inadmissão legislativa da sociedade simples no âmbito do novo texto.

De início, o artigo 1º já começa por fazer as distinções necessárias: para a lei, só interessa o empresário e a sociedade empresária, ficando excluída a sociedade simples. Um primeiro parêntesis é de aqui ser feito. Não se está a defender, rigorosamente, a sociedade simples, que a bem da verdade deveria ter uma amplitude bem menor do que aquela concedida pelo Código Civil. Não. O que se está a verificar é o tratamento diferenciado entre entidades que rigorosamente, para fins de remédio legal, não têm qualquer papel distintivo ou mesmo de preponderância.

Em outras palavras, mas com o mesmo alcance, a sociedade simples tem o mesmo direito de pedir a tutela estatal, no que tange ao processo de reorganização, tal como se conferiu a possibilidade de tal pleito à sociedade empresária. Então, com base no princípio da proporcionalidade (ou critério de razoabilidade), certamente que a sociedade simples pode requerer a benesse legal, muito embora o artigo 1º expresse o contrário. Lembra-se que acima da lei está a Carta da Federal de 1988. Evidentemente que só alguns artigos serão aqui referenciados, dado o espaço, e sem olvidar que muitos outros poderiam ser objeto de análise.

Seguindo estritamente a sequência legal, nota-se que o art. 6º, §4º estabelece que, determinado o processamento da recuperação judicial, haverá fôlego (apenas em tese) ao

recuperando, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da decisão. Em tal lapso temporal haverá a suspensão das demandas ajuizadas em face do devedor recuperando, e depois de passados esses 180 dias os interessados poderão ingressar com medidas cabíveis ou dar prosseguimento às demandas. Mas, o Fisco fica fora do âmbito da reorganização judicial, ou seja, pode livremente continuar com a execução fiscal dentro durante o prazo de suspensão. Por outro lado, nem mesmo estará sujeito aos efeitos do favor legal (art. 49) aquele denominado de *reivindicante*, o qual não se confunde com credor, podendo pedir a restituição de valores entregues ao devedor, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, tudo conforme interpretação do artigo 49, §4º e 86, inciso II, da Lei 11.101/05.

Indaga-se, há proporcionalidade em suspender uma execução trabalhista e conceder o direito a uma instituição financeira de pedir a restituição de valores em virtude de contrato assinado com o devedor? Ao que tudo indica, pela leitura do texto normativo, houve tratamento desfavorável ao credor trabalhista. O princípio da proporcionalidade foi olvidado em vários momentos, e tal acerto ocorre, invariavelmente, se analisada a lei com os cuidados mínimos necessários.

O comitê de credores, que desempenhará papel relevante na falência e na recuperação judicial, no tocante a sua formação, não terá a participação do Estado. Basta ler o artigo 26 com cautela. Ora, se é certo que o credor fiscal não participa do processo de reorganização, podendo executar o devedor, e, em tese, deixaria de ter interesses direto nos rumos do processo, não menos certo é que pode o feito ser convolado em falência, e aí sim haverá interesse direto e tal credor. O que se quer dizer, enfim, é que o fisco não delibera a respeito dos rumos da empresa, e pode ser prejudicado com eventual falência. O mesmo é dito em relação à assembléia de credores, que desconsidera a possibilidade de participação do fisco, por interpretação do artigo 41. Então, não há razoabilidade em relação ao fisco, quer quando se trata de assembléia geral de credores, quer quando se trata de comitê. E o que dizer, então, do peso do voto dos credores reunidos em assembléia? Bem, nota-se, pela interpretação do artigo 41, que mais uma vez vota mais e melhor quem tem mais poder, ou seja, os credores com garantia real. Com efeito, os trabalhistas não foram tratados com a razoabilidade necessária, pois somente votam numa classe de credores (inc. I do art. 41), enquanto que os titulares de créditos com garantia real votam na classe II, até o limite do valor do bem gravado e com a classe III pelo valor remanescente. Então, inexistente proporcionalidade, quer pesa

¹⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 12-18, jan./jun. 2007

ausência do fisco, quer pelo direito de voto em mais de uma classe, concedido a determinado credor, que não é o trabalhista.

Outro dispositivo totalmente solto e sem qualquer sentido na lei é o do art. 57. Estabelece que, num determinado momento processual, caberá ao devedor apresentar certidões negativas de débitos tributários. Evidentemente que há decisões judiciais afastando tal comando legal, pois não é razoável. Hodiernamente, qual a entidade que pede a tutela estatal, via reorganização judicial, e que tem em mãos as tais certidões negativas? Ora, se existe crise (numa ou mais das formas conhecidas), é porque a entidade realmente não tem condições de se manter no mercado concorrente, e há dificuldades para honrar as dívidas assumidas, de modo que há necessidade de pedir a tutela estatal. Verifica-se que, a fim de instruir pedido de falência por impontualidade do devedor (art. 94, inc. I), caberá ao legitimado instruí-lo com os títulos executivos, acompanhados dos instrumentos de protesto respectivos, para fins falimentares, e nos termos da legislação específica.

Questiona-se, seria razoável tal exigência relativa à necessidade da junta de instrumento de protesto, dito especial, para fins de requerimento de falência? Crê-se que não, até mesmo em consonância com a linha de entendimento já esposada pelo Superior Tribunal de Justiça. A exigência de juntada do instrumento de protesto específico a fim de instruir o pedido de falência se mostra um total retrocesso, que vai de encontro às decisões inclusive proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Primeiramente, a necessidade de protesto especial já constava do ab-rogado Dec.-Lei 7.661/45 (art. 10), e agora o legislador novamente fez constar tal determinação no novo texto normativo.

Em princípio, não se questiona, evidentemente, a necessidade de protesto, até mesmo diante das repercussões (nefastas em relação ao devedor) que um pedido de falência pode gerar. Não. Sabe-se que o protesto é ato solene, formal, e que tem como função, dentre outras, a de tornar público que o devedor, procurador por seu credor, deixou de satisfazer a tempo e modo corretos a obrigação livremente pactuada. O protesto para fins falimentares constará em livro próprio existente no cartório, e, desde a intimação, terá ciência o devedor que o interesse do credor é ingressar com o pedido de falência. A questão relativa à necessidade (ou não) da intimação pessoal do devedor aqui não será tratada. Sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça mitigou a interpretação do artigo 10 do Dec.-Lei 7.661/45, no sentido de que o protesto comum também serve para embasar pedido de falência, a exemplo do REsp. n. 211039/RS, rel. Min. Carlos A. Menezes Direito, 3ª Turma, julg. 18/09/2003. Ora, a fim de

estancar pedidos de falência de cunho meramente especulativo, de cobrança, a nova lei estabeleceu importantes mecanismos (esses sim) indispensáveis, tais como a exigência de a obrigação ultrapasse a casa de 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pleito, por exemplo.

Assim, não será, doravante, qualquer título executivo que poderá dar ensejo ao pleito, considerando-se o mínimo valor exigido pela lei. Ora, o devedor que permite a fluência de dívidas cujo montante ultrapassa razoável valor, tem ciência, sabe que poderá sofrer as consequências do não cumprimento da obrigação, inclusive ser réu em processo falimentar. Então, deixa de ser razoável o comando segundo o qual é imperiosa a juntada de instrumento de protesto especial quando do ingresso do pedido de falência em juízo. Ademais, frise-se que o espírito da lei é oportunizar ao devedor em dificuldades a tentativa de soerguimento, mediante uso dos mecanismos próprios, ficando a falência, a retirada do mercado, como possibilidade última. Caso o devedor esteja em crise, cumprir-lhe-á valer-se dos dispositivos legais, a fim de evitar sua retirada do mercado. Para tanto, só ele, o devedor, tem inequívoca ciência de qual é o seu estado verdadeiro, competindo-lhe perceber quando o sinal de alerta é ligado. De modo que, estabelecido pela lei um montante mínimo constante de título executivo, e ciente o devedor que este mínimo na verdade representa um significativo valor, é desproporcional a exigência de protesto especial para fins falimentares.

Outro dispositivo da lei que merece relevo, e que tem sua inconstitucionalidade mais do que patente, é o art. 192, parágrafo primeiro. Em linhas gerais, veda a concessão de concordata suspensiva nos processos falimentares em curso, podendo ser promovida a alienação imediata de bens, assim que concluída a arrecadação, independentemente da formação de quadro geral de credores e da conclusão de inquérito judicial. A inconstitucionalidade, pois, se mostra flagrante. O artigo fere de morte os princípios básicos constitucionais e inexistente qualquer proporcionalidade de tratamento, considerando-se uma entidade que se encontra sob o processo falimentar com caminho pelo Dec.-Lei 7.661/45, e as formas de reorganização judicial apresentadas pela Lei 11.101/05. Insiste-se no tema porque tem relevo acentuado a absoluta falta de consistência do artigo legal em análise.

Primeiramente, se uma entidade se encontra em processo falimentar regido pela lei de 1945, e reúne ela todas as condições legais mínimas exigidas para que se lhe conceda o favor da concordata suspensiva, o que, *grosso modo*, também é uma forma legítima e legal de soerguimento, de reorganização, não se há de lhe impedir a formulação do pleito próprio, e o deferimento por parte do juiz condutor do feito. Sabe-se que a suspensiva é uma das formas

¹⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 3, n. 1, p. 12-18, jan./jun. 2007

de *concordata* e visa a suspensão imediata do processo falimentar, concedendo ao devedor prazo para quitação das dívidas sujeitas ao âmbito do feito, ou até mesmo o pagamento integral do débito, de forma imediata.

Em assim ocorrendo, ou seja, concedendo-se a suspensiva, não se pode falar em soerguimento da empresa? Claro que sim! Caso o devedor cumpra a obrigação assumida judicialmente, caberá ao juiz julgar cumprida a concordata, o que significa o encerramento do processo falimentar. Ora, esta não é mais uma forma de tentativa de superação da crise, tal como consta com todas as letras no artigo 47? Crê-se, firmemente, que sim. Muito embora o novel texto normativo não trate da *concordata suspensiva*, é de todo evidente que o tratamento é de ser diferente para a empresa cujo processo tramita arremido pela lei de 1945, de modo que se lhe pode sim conceder o favor legal, intitulado concordata suspensiva.

E o que dizer da alienação imediata de patrimônio arrecadado (lembre-se que aqui se está a falar da lei de 1945, que tem outro sistema), independentemente da formação de quadro geral de credores e da conclusão de inquérito judicial? Mais uma deslizada do legislador, com efeito. Primeiro, porque os bens da massa falida podem ser alienados em qualquer momento, dada a peculiaridade do caso concreto, sendo desnecessário aguardar a fase do artigo 114 do Dec.-Lei 7.661/45. Em segundo lugar, imprimir rito outro que não o estampado por tal decreto-lei é deixar de lado o direito de tratamento igualitário, e olvidar que tal diploma normativo ainda vige para os casos que tiveram início antes da Lei 11.101/05.

Em outras palavras, mas com igual alcance, as falências iniciadas antes de junho de 2005, e que também tiveram a decretação da falência precedente a tal mês, evidentemente prosseguirão com base na lei velha, inclusive com a abertura eventual de inquérito judicial; direito conferido ao devedor de pleitear a concordata suspensiva etc., de modo que cabe ao exegeta abrir bem os olhos ao examinar os dispositivos do novel texto normativo.

CONCLUSÃO

Concorda-se com Grau, no que tange ao princípio, tratar-se de postulado normativo aplicativo. Contudo, tanto seja um como outro, a proporcionalidade precisa ser observada ao se considerar a Lei 11.101/05, com base no princípio da proporcionalidade, a sociedade simples tem o mesmo direito de pedir a tutela estatal no que tange ao processo de reorganização, tal como foi conferida a possibilidade de tal pleito à sociedade empresária.

Conclui-se, em conformidade com Grau, de que as falências iniciadas antes de junho de 2005, assim como as que tiveram início anterior a junho da referida data prosseguirão com amparo na lei velha.

Outra questão, aqui considerada, que se alinha ao pensamento de Grau, diz respeito à exigência da juntada de instrumentos de protesto para fins de requerimento de falência se mostra em retrocesso, contrariando decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Reitera-se que as falências iniciadas antes de junho de 2005 e que também tiveram as falências iniciadas antes da mencionada data prosseguirão com amparo na lei velha.

REFERÊNCIAS

GRAU, Eros R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.